

إيجار الرحم

دراسة مقارنة



دكتورة

هيام اسماعيل السحماوى

دكتوراه في القانون والشرعة الاسلامية

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية



دار الجامعة الجديدة



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير - الأزارطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail. : dargamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

إيجار الرحم

دراسة مقارنة

دكتورة

هيام اسماعيل السحماوى
دكتوراه في القانون والشرعية الإسلامية
كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

2013



دار الجامعة الجديدة

٤٠-٣٨ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: dargamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

حقوق الطبع محفوظة

غير مسموح نهائياً بطبع أي جزء من أجزاء هذا الكتاب ، أو خزنة في أي نظام تخزين المعلومات وإسترجاعها ، أو نقله علي أي هيئة أو بأي وسيلة كانت إلكترونية أو شرائط ممغنطة أو ميكانيكية أو أستنساخاً أو غيرها إلا بإذن كتابي من صاحب حق الطبع.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ❖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ❖ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾

(سورة المؤمنون - آية ١٢ - ١٤)

إهداء

أهدي على استحياء هذا الكتاب المتواضع إلى:

- ❖ رسول الله صلى الله عليه، وسلم راجية من الله - عز وجل - أن أرافقه في الجنة.
- ❖ وإلى الذي زرع في قلبي العفو عند المقدرة، والطموح المشروع إلى والذي - أعزه الله - . وألبسه ثوب العافية والصحة في الدنيا والآخرة.
- ❖ وإلى أُمي الحنون التي ما رأيت حب امرأة وطاعتها لربها مثلها إلا في خيال سابق العهود، فورثت عنها أئمن وأغلى ما في الحياة... ..
- ❖ إليهما أهدى هذا العمل الوليد... .. برحيق الحلم.. وشذي العبير الموعود... ..
- ❖ وإلى إخوتي الذين شاركوا عنائي وتعبي ووقفوا بجانبني.
- ❖ وإلى زوجي الذي تمنى لي صلاح الحال، ودوام النجاح والتوفيق والرقى..
- ❖ وإلى أبنائي قرة عيني وفلذة كبدي، يمنى ويوسف ويارا الذين قاسموني خطواتي خطوة بخطوة على مدار هذه السنين وتعبوا معي، وضحوا بجزء من راحتهم للوقوف إلى جانبي داعين الله - عز وجل - بأن يوفقني، وإليهم أهدى أرقى ما خطته يداي حتى يومي هذا.
- ❖ وإلى الأزواج الذين يتحدثون القدر وينظرون له من وراء الستار، ولا يرون الحقيقة واضحة بل يشوبها الضباب، أهدى لهم هذا العمل المتواضع لعله يكون المرشد ليكشف لهم الحقيقة، وهى أنهم لو علموا ما في الغيب لاختاروا الواقع.

مقدمة:

حمداً لك يا مولى النعم، وبارئ النسم، وإذعاناً لك من أمة أنعمت عليها بفيض جودك وعظيم إحسانك، فوالله لهذا العمل توفيق من عندك وليس تفوقاً مني، فضعفت قواي، وعجز لساني عن واجب شكرك، فألتمس منك جميل الصفح ومغفرة الذنب ومعدرة التقصير، فوالله لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وصلاة وسلاماً على خير خلقك وخاتم رُسلك، من أرسلته للناس كافة بشيراً ونذيراً، بلغ الرسالة وأدى الأمانة، ونصح الأمة وجاهد في سبيل الله حتى أتاه اليقين، فاللهم صلى وسلم وبارك عليه وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين.

تكفلت الرسالات السماوية بتشريع يحفظ الأنساب، ويربط بين الفروع والأصول برباط قوى لا تكلف فيه ولا تصنع.. يلائم فطرة الله التي فطر الناس عليها من حب الوالدين لأولادهم علي وجه يحفظهم وقت الطفولة، ويرعاهم وقت الصبا ويربيهم أحسن تربية وبذلك ينشأ المجتمع القوي المتماسك يشد بعضه بعضاً وترفف عليه راية المحبة فيرحم فيه الكبير الصغير ويوقر الصغير فيه الكبير، فالزواج كنظام إجتماعي مستقر يهدف إلى توجيه الحياة الجنسية الوجهة الاجتماعية، والتي تتمثل في إقامة الأسرة الشرعية وإحجاب الأطفال وتوثيق الروابط بين الزوجين، وهذا من شأنه منع إختلاط الأنساب وتجنب الفوضى الجنسية، وهذا ما دعت إليه شريعتنا السمحاء وآيات الذكر الحكيم.

فسبحانك ربى خلقت من كل شي زوجين: ذكراً وأنثى، فمن الإنسان زوجان، ومن الحيوان زوجان، فهم لإرادتك خاضعون، ولقدرتك مذلعون، كرمت الإنسان بالعقل وجعلته خليفة في الأرض، وأقمت له الحجج، وهديته النجدين، فلا معدرة له بعد اليوم إذا ضل طريق الخير وضل سواء السبيل وراء شهوة جامحة أو عقل طائش أو غريزة ثائرة أو عاطفة منحرفة، وأن خير نظام يحكم هذا الأمر ويحقق الغرض المقصود منه هو ما شرعه الله أحكم الحاكمين رب العالمين، فهو الخبير بطوايا النفوس، وما أودع فيها من غرائز وميول.

وهكذا أمر الخالق عباده بكل خير واجب أو مندوب، ووعدهم بالثواب على قليله وكثيره بقوله:

لَفَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ^(١) ونهاهم عن كل شر محرم أو مكروه، وتوعدهم بالعقاب على محظور جليله وحقيقه بقوله: لَوْ مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ^(٢) وكذلك أمرهم جلب المصالح، ودرء المفاسد، إحساناً إليهم وإنعاماً عليهم، وعلي ذلك فالزواج والأسرة والبنوة من النظام العام. وحمايتهم أمر تقتضيه مصلحة المجتمع، والطبيب الجراح الذي يشارك في عمليات تأجير الأرحام يسأل جنائياً ومدنياً لمخالفة الفعل للنظام العام والآداب العامة.

إنطلاقاً من مبدأ عصمة الجسد الإنساني تألفت العناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها جسد الإنسان في صورته التي كرمه بها الله - عز وجل - وجعلها خارج نطاق دائرة المعاملات، بمعنى عدم اعتبار الجسد الإنساني مجرد كيان مادي صامت، بل هو وعاء للوظائف الحيوية المادية والمعنوية التي وهبها له الله - سبحانه وتعالى - .

ولكن ليس معنى ذلك أن الإسلام لا يبحث على دراسة أية قضية، والتقصي عنها والبحث فيها، ضمن إطار حدود الشريعة الإسلامية والأصول الفقهية للتعامل مع كل ما هو جديد ومفيد للبشرية، ولعل هذا العصر الحديث قد أبدع لنا نموذجاً هائلاً من التطور الطبي وتحديدًا في مجال الإخصاب العلمي والتقني، ولعل من أبرزه الإنجاب من خلال التعامل على الأرحام الذي كان ينبغي أن يوجه تطبيقه على الحيوانات وليس على البشر، بالرغم مما صاحبها من مشكلات مازالت مطروحة بشدة على المستوى القانوني.

ويقف إلى جانب هذا التطور ويقدر مستوى الخطورة والأهمية للأطفال الذين جاءوا من هذه الوسيلة، ومن هنا تركزت الخطورة، وهذا أثر طبيعي من ضمن الآثار التي خلفتها، المستحدثات الطبية، فهناك ما هو إيجابي وآخر سلبي وهذا يتوقف على حسب كيفية استخدام المستحدث وتطويره في خدمة البشرية، ولكن على الرغم من ذلك لا بد من توفر مقتضيات قانونية مصاحبة لهذه التطورات، وهذا يرجع إلى أن أي تغيير نتيجة لأي تطور لا بد من أن يصحبه تغيير في الظواهر الاجتماعية، وبالتالي لا يتصور وجود مجتمع منظم بغير قواعد سلوك تحكم حركته وعلاقاته مع الأفراد.

(١) الزلزلة: ٧.

(٢) الزلزلة: ٨.

ولكن سرعان ما انقلبت الأوضاع بعد ظهور بعض من التطورات الطبية الحديثة، ولم يبق هذا المبدأ مطلقاً بصفة كاملة، إنما اصطدم بما أملتته المستحدثات الطبية السريعة، فتراجع المبدأ عن بعض إطلاقه ولكن نزولاً علي اعتبارات تملئها مصلحة الإنسان ذاته، وكذلك مصلحة الجماعة التي يعيش فيها ويتضامن مع أفرادها، وهو ما جعل مبدأ عدم الجواز المطلق للاتفاقات التي ترد علي جسم الإنسان محل جدل ومحل نظر.

ولا شك من أن هناك علاقة طردية فكلما كان المجتمع أكثر قابلية للتطور كان أقدر علي الارتقاء وعلي تحقيق رفاهية بنيه. وبالتالي كلما كان أدعى إلى التجاوب مع روح العصر ومع المنهج العلمي المتطور بالإضافة إلى القدرة علي تحقيق ثراء العقل ونمو الفكر والوجدان في الاتجاه الصحيح. وهذه هي بعينها الحضارة التي هي الهدف الأسمى لكل تطور في العلم وفي الاعتقاد أيضاً. وهذا هو نفس ما يلاحظه بعض الباحثين في علمي الإنسان والاجتماع، كلما عقدوا المقارنة بين أساليب المجتمعات البدائية، والمتوسطة الحضارة والمتقدمة حضارياً حيث يتغلب ارتباط الإيمان بالسحر في الأولى، ويتفوق دور الانفعال الديني في الثانية إلى أن تتفوق قيمة المنطق المترابط الواضح، وبالتالي قيمة البحث العلمي بمفهومه الحديث في الثالثة. وذلك في شأن شتى مناهج البحث، ولكن عندما يحدث أن ينكر الأفراد دور الدين ويتخلون عن المبادئ والقيم للتوصل إلى التقدم العلمي، وليس هذا فحسب بل أحياناً يتخلون عن القيم في المجتمعات العلمانية التي لا يحكمها ديانة معينة فهنا، تتجرد من الأخلاق كي تتمكن نفسها من تطبيق ما ابتكرته لأن تطبيقه يخالف قيمهم وعندئذ تتلاشى القيم والمبادئ على حد سواء، سواء في المجتمعات البدائية، أو المتوسطة الحضارة أو المتقدمة حضارياً.

وبما أن هذه عملية من أبرز الوسائل الحديثة في الإنجاب الصناعي، التي تعالج مشكلة لدى الأزواج الذين يعانون من العقم والحرمان من الولد رغم خروجها عن مسار النظام الكوني والفطري، فقد دفع ذلك الكثير منهم إلى اللجوء إلى مثل تلك العمليات، فكان لابد من وضعه على طاولة البحث والحوارات؛ لإبداء الآراء، وهذا الذي حدث بالفعل بالنسبة لرأى فقهاء الدين بكافة طوائفه وعلماء الطب، ورجال القانون الوضعي في الدول المقارنة التي

نبتت منها تلك العمليات، وكان لها السبق في ذلك بخلاف القانون المصري. ومن هنا يجب أن يكمل هذا دور الباحثين وكذلك دور الإعلام في التوعية والإرشاد لخطورة الآثار التي ترتبها هذه العمليات.

وعلى الرغم من ذلك، أرى أن القوانين الوضعية للدول المقارنة التي تبنت دراسة هذه المستجدات أغفلت دور الآثار التي ترتبها تأجير الأرحام، بالرغم من تعرضها السطحي لها فقد قصر اهتمامها بالتقنية التي تتم بها هذه العملية دون الجانب الاجتماعي ودراسة الآثار التي تقع على المولود من هذه العملية، وبالتالي ترتب على ذلك المشاكل القانونية التي حاولت تحضيرها وترجمتها، وبذلت قصارى جهدي في العثور على أحدث هذه القضايا التي أحضرتها من منبعها، وساعدني في ذلك بعض رجال القضاء والطب الأمريكي في تجميع هذه القضايا الخاصة بمواضيع تأجير الأرحام، وبذلك يصبح لنا السبق الأول في عرضها من خلال رسالتنا المتواضعة في العالم العربي بالإضافة إلى تحضير وتجميع للنظام القانوني لعمليات تأجير الأرحام في دولة الولايات المتحدة الأمريكية كنموذج متكامل لهذا الموضوع.

إن الهدف الأساسي من القانون الوضعي هو حماية المجتمع، ويترتب على ذلك مراعاة تفسير قواعد هذا القانون مهمة عملية ضرورية، وتقتضى كشأن غيرها دراسة علمية واعية حتى يتماشى مع مستحدثات العصر ومتابعة النوازل المستحدثة، ويجب أن يعتمد القانون الوضعي سواء في تكوينه أو في تطبيقه بقدر الأمكان على المعطيات العلمية.

لذا فإن المقام فرض علينا ولغيا ب هذا المنظور في معظم الدول التي نشأت فيها عمليات التعامل على الأرحام بعدم الاكتفاء بعرض هذه المشكلة من الجانب الشرعي للحكم بالإباحة أو الحظر، بل تحتم علينا بأن نبحث هذه التقنية من خلال الجوانب الآتية: الجانب الاجتماعي لما يترتب على هذه العملية من آثار سلبية على المواليد، بالإضافة إلى الجانب القانوني وهو الأساسي، وهذا لما يترتب على هذه العملية من المشاكل التي تتعرض لها أطراف هذه العلاقة من ناحية الأب البيولوجي والأب صاحب الفراش والأم بالرحم والأم البيولوجية، وكذلك المركز أو الطبيب عند إفشائهم للأسرار الخاصة بالأصل الجيني، وإتماماً

للفائدة المرجوة من هذا الكتاب وحتى نستطيع نتائجه أردت أن تتضمن رسالتي المتواضعة دراسة مستفيضة ووافية مع التعمق فى التعامل على الرحم. أهمية هذا الكتاب :

تتجلى أهميته فى توضيح أهم المشكلات القانونية التي تثيرها النوازل الطبية المستحدثة ومحاولة إيجاد الحلول والمعالجات لها، دون أن نغفل التطرق إلى القواعد الخلقية وموقفهم منها كضرورة لا بد منها لأية دراسة قانونية من هذا القبيل. ولا جدال فى أن تحقيق التوازن القانوني بين المصالح المترتبة على هذه المستحدثات يأتى بناء على الانعكاسات القانونية لدى المجتمع ؛ لأن القانون مرآة المجتمع. وهذا ما يفسر اختلاف التنظيم القانوني فى المجتمع الغربى عن نظيره فى المجتمع العربى الإسلامى حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة.

وبناء على ما تضمنته هذه الرسالة مجموعة من الدراسات القانونية لمشكلة غير يسيرة من المشكلات التي خلفتها لنا وسائل الإنجاب بتدخل الغير، وهى مشكلة تأجير الأرحام، والتي كانت تعد شكلا من الأشكال التي كانت تمارس منذ الجاهلية، ولكن جاءت الشريعة الإسلامية السمحاء وحرمت جميع العلاقات التي كانت تمارس فى تلك الحقبة من الزمن، وأصبح الإنجاب مقتصرًا على الزوجين دون تدخل الغير؛ حتى ظهر بيننا تيار جديد من مختلف أنحاء العالم وخاصة فى الدول التي لا يدين شعبها الديانات السماوية الثلاث، يحمل معه وسيلة الإنجاب بتأجير الأرحام، وكانت حجته أن هذه الوسيلة ستساعد على علاج العقم وحل مشكلة الإنجاب ولكن سرعان ما توجه الفقه القانوني فى كثير من تلك الدول بدراسة هذه العملية والوقوف على طبيعتها وبيان مفهومها ومعرفة مدى مشروعيتها وتحديد الآثار المترتبة عليها، فى الوقت الذي أخفقت فيه بعض الدول وضع تنظيم قانوني ينظم هذه العملية ويعالج الآثار المترتبة عليها لتجريمها والحد منها وعلى سبيل المثال مصر، ومن هنا يبدأ دورنا كباحثين وهذا مما يستهدى به فى بحثنا هذا وسيظهر ذلك لاحقاً فى ثانيا هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

إزاء هذا التباين بين الآراء فى بيان حقيقة تأجير الأرحام وطبيعة الآثار القانونية والشرعية المترتبة عليها فقد اجتهدت فى القيام بدراسة قانونية

مقارنة بالفقه الإسلامي والقوانين الأجنبية. وحرصت في هذه الدراسة أن تظهر فيها الجوانب القانونية والشرعية بتفصيل يتناسب مع أهمية هذا الكتاب التي تأتي من معالجته من الناحية المدنية والشرعية والاجتماعية، وهذا لن يتحقق إلا من خلال المنظومة القانونية ومعالجة جزئياته وفروعه وصوره بمختلف الأدلة والقرائن ووضع هذا الموضوع على ميزان المقاصد الشرعية والرؤية القانونية.

موضوع تأجير أو التعامل على الأرحام البديلة أو مساعدة لحل مشكلة عقم النساء أو مساعدة امرأة لا تقوى علي الحمل أو لتجنب المرأة مشاكل الحمل وآلامه ومخاضه. هذه المسألة مستحدثة في العالم العربي رغم عدم حداثتها في العالم الغربي، وهي بالنظر إلى الأمرين الأولين تحقق مصلحة مشروعة لهذه المرأة العقيم أو لتلك المرأة المريضة، أما بالنسبة للثالثة فقد يكون الأمر لا اعتبار له ؛ لأن الحالة هذه تتعلق بالتصرف الشخصي لهذه المرأة، ولسنا في مرحلة تقسيم بالنسبة للأسباب التي من أجلها يستخدم الرحم البديل بالإيجار أو بالهبة أو العارية أو الصدقة، بقدر ما نحن بصدد البحث من شرعية هذا الأمر من عدمه، ووضع في ميزان الفقه والقانون ؛ لبيان الحكم فيه وما يترتب علي ذلك من آثار في المدرستين.

وذلك لأن النظر في الأسباب التي تدفع للإقدام علي هذا الأمر المستحدث علي الساحة الإسلامية هي قضية الضرورة التي وقعت فيها صاحبة الأمرين الأولين ؛ وكذلك المصلحة التي ستحقق لهما من خلال ذلك مما دفع البعض عالماً كان أو طبيباً ينظر إلى الموضوع بعاطفة، وإن كانت الضرورة أو المصلحة من المبادئ الشرعية إلا أن اعتبارها مرتبط بقواعد وثوابت الفقه الإسلامي.

الأمر الذي جعل موضوع تأجير الأرحام من أهم القضايا التي تستحق أن توجه إليها العناية في البحث والتقويم، التي ما زالت آثارها يثيرها التقدم العلمي في مجال الطب، لعله يتوصل منها إلى مبادئ وقواعد عامة وضوابط محددة ينضبط بها البحث في هذا المجال وكيفية تطبيق النتائج التي يسفر عنها.

وإن كان موضوع تأجير الأرحام مقبولاً في البلاد غير الإسلامية فإن الوضع مختلف تماماً في البلاد الإسلامية. مما يتطلب الوقوف على حكم الشرع فيه حيث لا توجد دراسة شرعية متعمقة ومتخصصة. وأيضاً القانون المصري لم يتدخل لتنظيم إجراء مثل هذه الممارسات ووضع حلول مناسبة كما حدث ذلك في بعض القوانين الأخرى ومن هنا تظهر أهمية هذا الكتاب.

وإذا كانت عمليات تأجير الأرحام تتعلق بعدد قليل من الأفراد، فإنه لاشك في أن قلة العدد لا تنقص من قدر الكتاب ولا تقلل من أهميته. خاصة وأنه يتناول قضية واقعية يترتب عليها العديد من المشاكل والقضايا الساخنة التي تشور في المجتمع، ولذلك فإن تسخير هذا الكتاب لدراسة الوضع القانوني والشرعي ليس فقط لأطراف العقد بل وللمواليد من هذه العملية التي تمثل قطاعاً لا يمكن تجاهله، وخوفاً من اتساع نطاقه بين فئة تتزايد يوماً بعد يوم - نتيجة الانجراف الهائل في أخلاقيات البشر نحو الإباحية - يعد مشتملاً على فائدة كبيرة لا يمكن إنكارها، طالما حاول القائم به استيعاب هذه المشكلة ووضع الحلول المناسبة لها بما يحقق لهؤلاء الأزواج وأبنائهم وللمجتمع استقراراً شخصياً واجتماعياً وقانونياً وشرعياً.

الهدف من هذا الكتاب:

لقد أثارت عملية تأجير الرحم الكثير من الجدل حول مدى مشروعيتها، وما زالت تثير الكثير من المشاكل والجدل لدى رجال القانون والطب علي السواء، ومن ثم تعد أيضاً خروجاً على القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في أن يعيش حياة اجتماعية مستقرة وفي سلامة وتكامل جسمه. لا بإيجاره أو بيعه أو حتى التنازل عنه، وإنه بظهور هذه العمليات يتجاوز الطب الحديث الحدود المسموح بها والمتعارف عليها بحيث أصبح أكثر خطورة وتأثيراً على الحياة الاجتماعية، فالجسم الإنساني من أهم العناصر اللازمة لوجود الإنسان لذا قيل بحق أن الجسم عماد الشخص بذاته بحسب الأصل^(١). ولذلك

(١) الدكتور عبد الحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكتاب الثاني، الحق - الجزء الثاني، ص ١٧٠ - الناشر مطبعة جامعة الكويت ١٩٧٠. د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، صفحة ٤٨٠، طبعة ١٩٨١، والدكتور محمد ليب شنب،

يعتبر الجسم من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديساً، ولا يجوز التصرف أو التعامل عليه ولا يجوز أن يكون محلاً لأي اتفاق إلا من أجل صيانتها أو حفظه وعلي نحو يعد المساس به انتهاكاً لحرمة أو معصومية الكيان الجسدي للإنسان^(١). وتحقيقاً لذلك تعتبر حرمة الإنسان وسلامته من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد والمجتمع علي السواء إذ لا يمكن للمجتمع أن يحتفظ بوجوده كمجتمع له مستواه الخاص من التقدم والازدهار إلا إذا كان هذا الحق محاطاً بحماية كاملة. ويرجع ذلك إلى أن حق الإنسان لا يستقل به وحده بل هو حق لله وللمجتمع.

وانطلاقاً مما سبق قد يثير موضوع تأجير الأرحام العديد من المشاكل، منها ما هو قانوني ومنها ما هو أخلاقي (اجتماعي) ومنها ما هو فسيولوجي، لذلك كان هدفنا الأساسي من هذا الكتاب إلقاء الضوء ابتداءً على هذه التساؤلات علي سبيل المثال وليس الحصر حتى نتمكن من حصر المشكلة وإيجاد حلول والتوصل إلى العديد من الأمور من خلال بحثنا المتواضع؛ ولذلك سنهتم في هذا الكتاب بالأرحام المستأجرة من حيث كونها متعلقة بالنظام الاسرى بوجه خاص وبالمجتمع على وجه العموم مما تعد مساساً مباشراً، ومن حيث هي انتهاك مباشر للقيم الخلقية الحاكمة في مجال الحياة الجنسية. وخاصة بعد أن وجدنا تقاعس المشرع عن إسباغ المشروعية الوضعية علي الأحكام القانونية الخاصة بجريمة تأجير الأرحام موضوع الكتاب.

دروس في نظرية الالتزام، ص ٣٤٠ الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٧٦ / ١٩٧٧. د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ص ١٤، طبعة ١٩٨٢، مطبعة دار الحضارة العربية، الفجالة ١٩٨٢.
(١) الدكتور عبد الحى حجازي، المرجع السابق، ص ١٩٠. د. أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية ص (٢٧)، الناشر المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب بالكويت عام ١٩٨٣.

Ahmed charaf El-Din: Droit de la transplantation d' organes, etude comparative, pp 26 – 34. these paris 1975.

Carbonnier: Droit civil T. 4, les obligation, presses universitaires de france paris, ed. 1972 pp. 306–409, N.N. 88-111.

لذا فإن المقام يقتضى الدراسة والتحاور بخصوص مدى شرعيتها ووضعها القانونى، كما أنها خلقت العديد من المشكلات الفرعية مما يتطلب إيجاد الحلول والمعالجات لها.

الصعوبات التي واجهتني:

لقد اعترضت دراسة هذا الموضوع العديد من العقبات والصعوبات التي استنزفت وقتاً وجهداً زائداً - أدعو الله أن يأجرنا عليه - وتمثل هذه الصعوبات فيما يلي:

نظرا لخلو القانون المصري من ثمة نصوص تعالج عمليات تأجير الأرحام وهذا يرجع إلى أن هذه العملية تعد من الأمور المستحدثة في الدراسات القانونية في الوقت الحالي. ورغم أهمية دراسة هذا الموضوع فإنه لم يسبق أن تناوله الفقه القانوني أو الشرعي بدراسة خاصة متعمقة يتناول فيها باستفاضة كافة الآثار المترتبة عليها من الجوانب الشرعية والقانونية سواء بالنسبة للنسب أو الميراث أو لمن له الحق في الرضاعة وغير ذلك من الآثار وإلى أن يقنن المشرع المصري تلك الأحكام فإنني قد بذلت كل الجهد لمحاولة دراسة التنظيم القانوني لهذه التقنيات في الدول التي سبقت تشريعنا الغائب في ذلك المجال، وعرضت نظاما كاملا لهذه العملية وعلى سبيل المثال الولايات المتحدة الأمريكية والهند وإسرائيل حتى نستطيع أن نقتبس من تجاربهم القضائية والتشريعية ما يفيد التشريع المرجو إصداره بشرط الحفاظ على الصبغة الدينية التي يجب أن تتصف بها القوانين الاجتماعية عامة وفي بلادنا خاصة في المسألة محل البحث والتي تتعلق بصلب البنيان الاجتماعي وهو تكوين الأسرة.

أما عن القانون المقارن فسوف نتناول موقفه من خلال تقسيمه إلى موقفين فهناك تشريعات أجازت تأجير الأرحام وأخرى لم تجز وسنقوم بعرض لكلا الموقفين تباعاً هذا بالإضافة إلى صعوبة الحصول على المادة العلمية التي نخدم هذا الموضوع. ومن ثم، فإننا نعتقد أن ندرة المراجع العلمية في هذا الصدد ناتجة عن استهجان بعض الفقه من دراسة هذه العملية. ورغبة البعض عن إقحام نفسه في هذا الموضوع بعداً عن الدخول في مجالات عادة ما تحاط بالسرية والكتمان وتصطدم أحياناً بالعادات والتقاليد أو خوفاً من أن يتعارض في بحثه مع

أحكام الشريعة الإسلامية وتقاليده المجتمعية وقيمه الراسخة ونظامه العام بحجة ضرورة ترك العنان للعلم والتطور الطبي والتشجيع على غزو جسم الإنسان والتعمق بداخله لمعرفة أسرارهِ واكتشاف خباياه مع معارضتهم لمن يقف في سبيلهم أو يحاول تلجيم فكرهم ، ووضع العراقيل أمام التطور العلمي. وقد أدى ذلك كله إلى عزوف كثير من رجال الفقه القانوني والشرعي وإحجامهم عن دراسة عملية مثل عمليات تأجير الأرحام.

ومن الصعوبات أيضاً التي واجهتنا أنه لا توجد دراسة سابقة متعمقة بعمليات تأجير الأرحام أو حتى عمليات شبيهة يمكن أن نقيس عليها هذا من الجانب القانوني كجوهر لتلك الدراسة إلا ما قام به بعض الفقه المصري الحديث من التعرض لمثل هذه العملية في دراسة خاصة مجتهداً في عرضه ووضع منهج قانوني على أساس قياس تأجير الأرحام بجريمة الزنا حتى أننا وجدنا أن هناك فروقا بينها وبين الزنا لما يثيره تأجير الرحم من قضايا فضلاً عن تعرضه لبعض الآثار القانونية المترتبة على هذه العملية.

أما بالنسبة للدراسات القليلة التي تناولت الموضوع بشكل يختلف عن هدفى فى الموضوعات المستجدة على الساحة العلمية القانونية والشرعية. إلا أنه وجدنا أنها اقتصرَت الدراسة فيها على عرض العملية من الناحية القانونية ثم الشرعية. وكان أبطال هذا العرض هم أطراف العلاقة المكونة من الزوجين البيولوجيين وصاحبة الرحم المستأجر. وأغفلت نقطة مهمة وهى أنه لا يقتصر الأمر على المساس بجسد صاحبة الرحم بل يتعدى نظام الرحم المستأجر ليؤثر على المرجو إيلاده بتلك الوسيلة أي المولود، فلعل ما يميز الحمل المستأجر هو أن محل التصرف متعدد؛ فالتصرف لا يرد على جسد المرأة الحامل وحدها بل يرد أيضاً على الطفل فقد يتعرض هذا الطفل لعدة مخاطر نتيجة استيلاده بطريقة التثيت ما بين امرأتين، الأمر الذي جعلني أقوم بتخصيص جزء للدراسة حقوق الطفل وذلك من خلال تفعيل للنصوص القانونية والدساتير الخاصة بذلك، وهذا من خلال حث الدولة والجهات المختصة من إزالة الغبار الذي يكسو هذه الدساتير والقوانين التي خصصت لحقوق الطفل.

وترجع صعوبة هذه العملية إلى حداثة هذه التقنية في العالم العربي وتسربها إلينا من الغرب وبالتالي، فالمادة العلمية فيها قليلة وفقيرة ومتشعبة، والمعلومات متناثرة ومشتتة في مقالات ومجلات وصحف وعبر الانترنت، وتوزع بين الطب والشرعية والقانون.

وأخيراً من ضمن الصعوبات التي واجهتني ووقفت أمامها موقف حيرة بصفتي باحثة وكذلك بصفتي أم وهى إلى أي أم ينسب المولود من الرحم المستأجر ويرجع السبب في هذه الحيرة إلى تقارب أدوار المرأتين في سبب تخليق الطفل.

وبناء على ذلك فقد كان من الضروري بذل الجهد للبحث في بعض النظم الأجنبية التي تبني هذا النوع من العمليات؛ حتى يمكن الاستعانة بها بالقدر المناسب في تناول الجوانب القانونية والشرعية للقضايا التي تشتمل على عمليات تأجير الأرحام ووضع الحلول المناسبة لها.

ويتوفيق من الله اجتهدت حتى توصلت على مراجع موثوق فيها، وقمت بترجمتها وهذا لعدم وجود أنظمة عربية على دراية كاملة بمثل هذه العمليات من أجل التوصل إلى تبني منهج قويم، وتلمس الحلول المناسبة التي تتفق مع النظام القانوني المصري والفقه الإسلامي، وذلك من قبيل أنه كلما ازدادت صعوبات البحث وأحاطت به المشقة ظهرت صقل هذا الكتاب، وأهمية الخوض فيه وأثبتت صبر الباحثة وقدر الجهد الذي بذله ومدى العناية الذي لاقاه في سبيل إنجازه.

منهج البحث:

١- هذا الكتاب له عدة محاور - محور قانوني ومحور شرعي وآخر اجتماعي وللباحثين مناهج مختلفة عند المقارنة في مثل هذا البحث فبعض الباحثين يقارن بين كل مسألة من الناحية القانونية ومن الناحية الشرعية في مبحث أو فصل واحد وبعض الباحثين يجعل لكل مسألة شرعية أو قانونية مبحثاً أو فصلاً مستقلاً، فيجعل للشرعية مبحثاً أو فصلاً ويجعل للقانونية كذلك، ولكني سلكت النهج الأول تارة في هذا الكتاب، وتارة أخرى فصلت بين الناحية القانونية والناحية

الشرعية وذلك حتى تحقق المقارنة أهدافها ولا يتشتت القارئ وبالتالي تؤتي المقارنة ثمارها.

٢- ولأهمية الدراسة المقارنة فقد استهدفت منها عرض جميع وجهات النظر المعروضة لانتقاء أفضل الحلول التي تساهم في توفير حماية متكاملة من الناحية الشرعية والقانونية للأطراف علاقة الرحم المستأجر والمولود. وقد اعتمدت في هذا الكتاب منهجاً تأصيلياً مقارناً، يعتمد على عرض رأى الفقه القانوني الفرنسي والمصري والإسلامي، وموقف الاتجاهات التشريعية والقضائية في المسألة محل البحث وتحليلها وعقد مقارنة بينها لاستجلاء الحقيقة واستخلاص الرأي الصائب والمتناسب مع ظروفنا الاجتماعية والبيئية والأخلاقية والدينية، واختيار الراجح منها وبيان وجه رجحانه، وتفنيد حجج المرجوح مع الاجتهاد في وضع حلول مناسبة لما لم نعثر له علي أصل تنظيمي، وذلك بالقدر الذي يتفق مع نظامنا القانوني المصري والفقه الإسلامي.

٣- محاولة التنسيق لقواعد النسب في القانون المصري، كي تستطيع استيعاب المشكلات التي أثارته تلك التقنية الحديثة في مجال ثبوت الأنساب، وخاصة أن خلو نصوص القانون المصري والمقارن أيضاً لتلك النصوص جعلتني أجد صعوبة في إيجاد متشابهات يمكن أن أستنبط منها حكم نسب المولود من الرحم المستأجر، وبالرغم من ذلك حاولت أن أعالج مشكلة النسب الخاصة بالأمومة الرحمية في ضوء الاستهداء بقواعد الفقه الإسلامي المتعلقة بأحكام النسب عموماً.

٤- وقد اعتمدت في عرض موقف الفقه الأجنبي تجاه عمليات تأجير الأرحام علي العديد من المؤلفات العامة في القانون المدني الفرنسي فضلاً عن بعض المراجع المتخصصة بالإضافة إلى الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الفرنسية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمقالات والتعليقات الفقهية الواردة في الدوريات الفرنسية المتداولة، فاستقيت المعلومة من مصدرها الأصلي تأكيداً على الأمانة العلمية في هذا الصدد مع الإشارة إلى المصدر الذي استقيت منه المعلومة مبينه ذلك بقولي: "مشار إليه في..." بما يضمن للقارئ معلومة موثقة إلى

جانب إفادة الباحثين بإرشادهم إلى المصادر المختلفة التي قد يعن لهم الحاجة إليها.

٥ - كما اعتمدت في عرض موقف الفقه والقضاء العربي علي المؤلفات الفقهية الخاصة والعامة القديم منها والحديث وتتبع ما أورده الفقه القانوني في هذا الصدد.

٦ - تحرير محل النزاع في المسائل الفقهية ذاكرة محل اتفاق الفقهاء إن وجد مع ذكر الدليل الذي يؤيد هذا الاتفاق ووجه الدلالة منه ومحل الخلاف أيضاً إن وجد. مع بيان أدلة كل فريق والمناقشات الواردة عليها والردود أن وجدت. مع بيان الرأي الراجح في المسألة غير متعصبة لمذهب مع عدم الاكتفاء بالمقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة المعروفة - غالباً - حيث كنت أتعرض للمقارنة بين المذاهب الثمانية المشهورة وهي: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والأباضية مع تناول بعض من آراء فقهاء السلف من الصحابة والتابعين وتابعيهم أحياناً.

٧ - حاولت إثبات الحقيقة العلمية لهذه العملية، ليس لغرض طبي ولكن لأن النتيجة الطبية سألني عليها رأى القائم على الدلائل القانونية والفقهية وهذه الحقيقة بنيتها على أساس رأى الأطباء بشأن تأجير الأرحام التي تكاد أن تكون متباينة وغير موحدة حول تلك الحقيقة العلمية وهي مدى تأثير الأجنبي بالرحم الذي يحمله. محاولة أثبات أن الرحم المستأجر يؤثر في صفات الجنين أو الموروثات (الجينات) التي يحملها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى هناك تفاعل حيوي وكيميائي وبيولوجي بديعي بين الجنين والأم الحاملة له والكشف عن دور الجينات حيث ثبت أن هناك كثيراً من الخفايا عن موروثات الجنين بالأرحام وأن صورة عمل تلك الجينات كاملة ما زالت في طي الكتمان ولا يعلمها إلا الله.

بذلت قصارى جهدي في استخراج الأدلة الشرعية من أمهات المراجع الشرعية التي استخرجتها من الكتاب والسنة والقواعد الفقهية وكتب التراث الإسلامي في مختلف المذاهب المعروفة، معزية رأى كل فقيه إلى كتابه الأصلي واتجاه كل مذهب إلى علمائه وأنصاره دون الاستناد إلى المؤلفات الحديثة

والمعاصرة في حكاية هذه المذاهب خاصة، وأن هذا الموضوع لم يسبق لأحد من الفقه الإسلامي المعاصر دراسته أو بحثه إلا بإشارات سريعة مقتضبة.

ونهدف من وراء الاستعانة بالمراجع السابقة بشكل مفصل ودقيق لبيان شرعية أو حرمة عملية تأجير الرحم وهذا لاعتقادي الشديد بأن عملية تأجير الأرحام ليست وليدة الساعة وأنها ليست من المستحدثات كما يزعم الغرب، بل هي من مخلفات عصور ما قبل الإسلام واقتبسها الغرب من تاريخ الفقه الإسلامي، الذي فسرنا علميا مع الدراسة، وفي اعتقادي لو كنا من دول العالم المتحضر علمياً، ولدينا الإمكانيات لتوصلنا إلى هذه الوسيلة واستفدنا منها، وطبقناها على الحيوانات لتحسين السلالات بدلاً من تطبيقها على البشر والوقوع في المشاكل.

٨- وقد اعتمدت إلى جانب أقوال الفقهاء الإسلاميين القدامى، على إيراد العديد من الفتاوى الحديثة والمعاصرة الصادرة عن المؤسسات العلمية الرسمية أو بعض أهل العلم بشأن موضوع هذه الدراسة مع الاستعانة بالوسائل العلمية المتاحة سواء كانت عادية كالكتب والدوريات والندوات والمؤتمرات والصحف والمجلات (شبكة الانترنت). وأشير إلى أنني في هذه الدراسة لم أقم بإجراء المقارنة بين آراء المذاهب الفقهية المختلفة فحسب كما هو معروف في الدراسة المقارنة. في الفقه الإسلامي، وإنما جعلت الفقه الإسلامي كله بمذاهبه المختلفة في العديد من مواضع الدراسة تمثل في ذاتها فكراً إسلامياً واحداً بحيث يتقابل في مجموعة مع الفقه القانوني والطبي.

٩- حاولت معالجة الموضوع في الإطار النفسي والأخلاقي والاجتماعي، مع ربط هذه العملية ببعض الالتزامات الخاصة بميثاق شرف الطبيب.

١٠- جمع الآراء وفتاوى المجمع الإسلامية والدساتير والفقه والقانون المقارن لإبداء الرأي في هذا الموضوع، بالإضافة إلى جمع آراء ومواقف علماء الشرائع السماوية الثلاث من جهة، مع موقف القانون الوضعي والمقارن من جهة أخرى في مساحة واحدة من هذا الكتاب وذلك رغبة منا في التيسير على القارئ بالربط بين مختلف الآراء وذلك للإيضاح.

١١- حرصت على الحفاظ على التدقيق في المرجعية الطبية ليس فقط بالمراجع ولكن استعنا ببعض أساتذة الطب المتخصصين.

١٢- اعتمدت في تفصيلي ودراستي (حول هذا الموضوع) على القواعد الفقهية والأجتهاد العقلي، وما لهما من فائدة عظيمة في الحكم على الحوادث المستجدات، فوجدت فيها الكثير من التشابهات لأحكام فيها نصوص شرعية مفصلة بخصوصها وقواعد كلية. استطعت من خلالها أن أستنبط الأحكام الخاصة بعملية الرحم المستخدم لحساب الغير وهذا دليل على أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان.

وقد أوضحت هذه الرسالة المدى الفسيح الذي عمل فيه العقل في كيفية استنباط الأحكام التشريعية، حتى أنني اعتمدت عليها في إثبات أن ظاهرة تأجير الأرحام " وإن صح التعبير الرحم المستخدم لحساب الغير " ليست بمحدثة كما سبق وأن ذكرنا بل هي وليدة عصور قديمة قبل مجيء الإسلام، ولكن عبث بها الغرب وبلورها لنا لإظهارها في هذا الشكل بحجة أنها مستحدث طبي خادم للبشرية، وحتى أصبح العقل راجحاً على بعض النصوص التي لم تكن قاطعة في مدلولها، وعلى الرغم مما ذهب إليه بعض الباحثين في القوانين الوضعية وأحكام الشريعة الإسلامية.

وبالنظر لما تبين من أوجه الشبه بين التعامل على الأرحام والزنا فبنوا أحكامهم بناءً على ما وجدوه من تشابه بينهم، إلا أن لي تحفظاً حول تشبيه أو قياس علاقة تأجير الأرحام بعلاقة الزنا التي أرى أنه لو سلمت جدلاً أن هذا زنى فسوف ألقى عليه مسمى جديد وهو زنى النطف كزنى النظر مع الاحتفاظ بالفارق^(١) هذا سنوضحه من خلال بحثنا إن شاء الله تعالى مع الأخذ في الاعتبار

(١) الزنا لا يثبت نسباً؛ لقول النبي ﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر) ولأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة بل يستحق صاحبها النعمة. والونا الذي لا يثبت النسب هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقط للحد. فإن كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط فإن النسب يثبت علي الراجع. آراء العلماء في ثبوت النسب بالزنى :-
أختلف العلماء في ثبوت النسب بالزنى فذهب أصحاب الرأي الأول :- رأى جمهور الفقهاء

اننى حاولت إستخدام أكثر من مصطلح لموضوع بحثنا التعامل على الرحم والتي منها تأجير الارحام وهو الدارج والرحم البديل والرحم المستعار والرحم المستخدم.....

لا يثبت النسب بالزنى مطلقا فلم يثبت رسول الله ﷺ شيئا من الأحكام التي أثبتها بإحلال فلم يثبت رسول الله ﷺ ولا أحد من أهل دين الله بالزنى نسبا وقال الرسول ﷺ (الولد للفراش ولعاهر الحجر) والعاهر الزاني ولأن الزاني ممنوع من الفعل أثم به لتكليفه ومخاطبته بالامتناع إذ الوطء لا يباح بالإكراه ويؤكد هذا الرأي قول الحنفية حيث يروا أن حال الحمل يختلف عندهم بين الحبلى من زنا أو الحبلى من سبي أو الحبلى من سيدها "فإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله أنه فاسد. وأن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع فإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لأنه ثابت النسب أما الخنابلة ما ذهب اليه ابن قدامة: "فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة المعتدة أو شبهة نكاح يجب به الحد ولا يلحق فيه النسب إذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه".

الرأى الثانى :-

وذهب اسحق بن راهوية إلى أن ولد الزنى إذا لم يكن مولودا علي فراش يدعيه صاحب وادعاء الزاني ألحق به وقد أول قول النبي ﷺ: (الولد للفراش - سبق تخريجه

علي أنه حكم بذلك عند تنازع الزاني وصاحب الفراش وهذا مذهب الحسن البصري رواه عنه اسحاق بإسناد في رجل زني بامرأة فولدت ولدا فادعي ولدها فقال يجلد ويلزمه الولد وهذا مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار فقد ذكر عنهما أنهما قالوا: أما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زني بأمه ولم يدع يليط أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.

يقول ابن القيم: وهذا المذهب كما تراه قوة ووضوحا وليس مع الجمهور أكثر من (الولد للفراش) وصاحب هذا المذهب أول قائل به

والقياس الصحيح يقتضيه فإن الأب أحد الزائنين وهو إذا كان يلحق بأمه وينسب إليها وترثه ويرثها النسب بينه وبين أقاربها مع كونها زنت به وقد وجد الولد من ماء الزائنين وقد اشتركا فيه واتفقا علي أنه ابناهما فما المانع من لحوقة بالأب إذا لم يدعه غيره؟ فهذا محض قياس وقد قال جريح للغلام الذي زنت أمه بالراعي: من أبوك يا غلام: فلان الراعي وهذا أنطاق من الله لا يمكن فيه الكذب - زاد المعاد لابن قيم الجوزية ج ٥ ص ٤٢٥ ، ٤٢٦

- أما إذا كان الزاني من المجنون فإنه يثبت به النسب والمصاهرة نص علي ذلك الشافعية لأنه زني صوري وليس حقيقيا الشرقاوي علي التحرير ج ٢ ص ٢١٩ ، قليوبي وعميرة ج ٢ ص ٢٩٩ .

والراجح هو الرأي الأول قول جمهور الفقهاء بأن النسب لا يثبت بالزنى لقوة أدلته وحتى لا تختلط الأنساب وتشيع الفاحشة بين الناس

١٣- عمل ملحق كجزء أساسي لا يتجزأ من هذه الرسالة وخاتمة
ضممتها أهم التوصيات والنتائج التي توصلت إليها من خلال هذا الكتاب متوخياً
في ذلك الالتزام بالمنهج العلمي والله الموفق.
أن هذا الكتاب المتواضع يمكن أن يشكل وثيقة جادة في تكوين رأى فقهي
وشرعي ورؤية قانونية وكذلك طيبة يحتاج إليها الباحثة والفقيه والطبيب.

خطة الدراسة وتضم بإيجاز شديد:

فصل تمهيدى: فى ماهية إيجار الرحم

باب أول: فى مشروعية التعامل على الرحم

الفصل الأول: موقف الشريعة الاسلامية من تأجير الأرحام

الفصل الثانى: موقف القانون الوضعى من التعامل على الأرحام

الفصل الثالث: الموقف القانونى من نقل عضو الرحم

فى ضوء القواعد القانونية والمعطيات الطبي

باب الثانى: أحكام التعامل على الرحم

الفصل الاول: الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم

الفصل الثانى: المركز القانونى للأطراف (حقوق والتزامات الأطراف)

الفصل الثالث: المركز القانونى للوليد (حقوق الوليد)

فصل تمهيدى .. ماهية إيجار الرحم

تمهيد: ..

نتيجة للتطور الحديث فى شتى المجالات العلمية صرنا نرى كل يوم اكتشافا جديدا فى مجال علم فسيولوجيا التخصيب الصناعى ، فالطب عموما من أوسع المجالات التى ظهر فيها هذا التطور ، وكانت نقطة البداية فى مجال الإنجاب الصناعى عندما ظهر فرع من فروع التخصيب الصناعى يسمى بالرحم المستأجر أو الرحم البديل أو المستعار ، وهذه الصورة قد انتشرت مؤخرا فى دول الغرب وصارت المرأة تباع وتشترى فى نفسها بمقابل وبغير مقابل فيما عرف بمؤجرات الأرحام ، وقد بدأت هذه التداولات تتسلل إلى عالمنا الإسلامى والعربى مما أدى إلى مشاكل كبيرة. ومن ثم أثار هذا اختلافا بين العلماء والفقهاء تجاه الحكم على هذه الظاهرة المستحدثة عدة تساؤلات من الصعب الإجابة عليها إلا بالدراسة المتخصصة ومن أمثلتها هل يعد استجابة صاحبة الرحم لطلب زوجها إخلالا بشرط عقد الإجارة الذى وقعته أم أنه شرط حرام يحرم حلالا لا يجب الوفاء به؟ هل يجوز للإنسان أن يؤجر عضو من أعضائه؟ وكما نتساءل عن الوضع القانوني للمولود إذا أنكرت المرأة صاحبة الرحم عملية الاستئجار وسجلت المولود باسمها واسم زوجها؟

وغير ذلك من الاسئلة

ولتفادى المشاكل الناتجة من هذه المستحدثة لابد من إيجاد طريقة لصنع أو تطبيق نص قانونى، وخاصة أن عمليات تأجير الأرحام تفتقد الوصف القانونى الذى يترتب على أساسه كون الفعل مشروع أو غير مشروع، وذلك بأن نحصر على مدى مواءمة هذه القضايا المستحدثة مع قواعد ونصوص القانون من خلال التحرر من قيود وجمود القانون يجعلها مرنة تتماشى مع مستحدثات العصر بخلق روح جديدة تتعامل مع كل ما هو جديد أو كل ما هو مستجد، مع الحفاظ على عدم معارضتها للأصول الشرعية.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن علم الطب لم يعد يقتصر على العلاج عن طريق تناول الأدوية فحسب، بل أصبح هناك تقنيات أكثر تقدما وحادثة،

فظهرت المداواة بطريق تأجير الأرحام وتغيير الجنس وتحديد نوع الجنين ونقل الأعضاء..... وغير ذلك..

ومن هنا طرحت قضية تأجير الأرحام بشكل منتشر وبسرعة مشهودة، والسبب في ذلك يرجع إلى النتيجة المترتبة عليها وهي مولد كائن حي جديد، فمن هنا كان من الضروري تفعيل القواعد القانونية والفقهية بتطبيقها على الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة، حتى لا تحيد عن منفعة الإنسانية، وحتى يتسنى لنا تناول مفهوم تأجير الأرحام من خلال إستخدامها لحساب الغير فمن المناسب أن نتناول ذلك من خلال المبحثين الآتيين :-

المبحث الأول: مشكلة تأجير الرحم

المبحث الثاني: الانجاب الصناعي

المبحث الأول

مشكلة تأجير الأرحام

بعد ظهور عمليات استئجار الأرحام في العالم الإسلامي، أصبح فقهاء الدين والقانون وأيضاً والطب مطالبين بالمشول أمام هذه المستجدات والقضايا سواء في العالم الإسلامي أوفى العالم الغربي كل على حد سواء فعلى كل مجتهد وعالم في تخصصه أن يرجع إلى مبادئ الشريعة باحثاً في أصول الدين متسلحاً بالأدلة الشرعية في استخلاص الأحكام بداية كي يقوم بدراسة هذه القضية بشكل جاد، ولا ننكر على أنفسنا أن للتخصص دوراً كبيراً، على أن يكون تعاون الأطباء والفقهاء للتعرف على الحكم الشرعي في القضايا الفقهية الطبية الحديثة أمراً ضرورياً لأنه تعاون مشترك يؤدي إلى نظر فقهي صحيح.

وبناء على ذلك فإن العلوم الطبية في حاجة ضرورية إلى العلوم الفقهية، كما أن الفقهاء في حاجة إلى علم الطب عندما يقررون حكماً من الأحكام التي لها صلة بالجوانب الصحية، لأن الفقهاء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالأحكام الشرعية، والأطباء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالشئون الطبية، قال تعالى: **﴿فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾^(١)**.

(١) سورة النحل، جزء الآية (٤٣)

لذا فإن المقام يقتضى أن نعرض لمفهوم الرحم، وذلك من خلال :
المطلب الأول، ثم نعرض تاريخ وتطور إستجار الأرحام فى المطلب
الثانى، وذلك من خلال عودة الغرب فى العصر الحديث إلى ما كانت عليه
الجاهلية فى الفرع الاول ثم التطور التكنولوجى للإنجاب الصناعى فى الفرع
الثانى، وأخيرا نقوم بدراسة أسباب تزايد ظاهرة تأجير الرحم فى مطلب ثالث من
خلال الأسباب الدافعة إلى تأجير الأرحام فى الفرع الاول ثم إنعكاسات مشكلة
تأجير الأرحام الفرع الثانى إن - شاء الله تعالى - .

المطلب الأول

مفهوم الرحم

أ. مفهوم الرحم فى القرآن الكريم:

على الرغم من أن الرحم عضو أنثوي مثله كسائر أعضاء الجسم، إلا أن
المكانة السامية التي جعلته يستعمل في الكثير من الألفاظ التي ترشدنا إلى القيم
الأخلاقية التي يتحلى بها الإنسان، ونحن نرى أن الرحم فى شريعتنا قد حظي
بتقدير واحترام لم يحظ به في أي نظام اجتماعي، وقد وردت لفظة الأرحام فى
القرآن الكريم بمعنىين : شرعي وعضوي.

بخصوص الدلالة الأولى فى المعنى فهى شرعية والدليل على إعتباره
قيمة أخلاقية ورابطة اجتماعية :

صلة القربى التي ناتجة عليه ، أو الصلات الناتجة عن التزاوج. لذلك
جاء لفظ الرحم دلالة على أسمى الروابط الإنسانية في مجال الاجتماع ، وأسمى
معاني القيم في مجال الأخلاق. فلما أراد الله عز وجل أن يوثق عرى الروابط
الإنسانية ، جعل الأقرباء بعضهم أولى ببعض ، على قاعدة "الغرم بالغنم" في
الأموال ، وعلى قاعدة "التعاطف والتراحم" بين الناس في المجالات الاجتماعية.
ولقول الله تعالى : **وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةً فِي
الْأَرْضِ وَفَسَادٌ كَبِيرٌ** (٧٣) **وَالَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ
أَوْوُوا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ هُمُ الْمُؤْمِنُونَ حَقًّا لَهُمْ مَغْفِرَةٌ وَرِزْقٌ كَرِيمٌ** (٧٤) **وَالَّذِينَ**

آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ^(١)

لَا النَّبِيُّ أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا^(٢)

وفي مجال الأخلاق حين أراد الله عز وجل أن يحث العباد على أن يقيموا بينهم عرى الصلات على أساس متين قال : [وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا]^(٣) .

أَفَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتَقَطَّعُوا أَرْحَامَكُمْ^(٤) ومن خلال السنة يتضح لنا أن الأرحام بمعناها الشرعي قد حظيت بالاهتمام، والدليل ما أخرجه مسلم عن عائشة (رضي الله عنها) أن النبي ﷺ قال : "الرحم معلقة بالعرش تقول : من وصلني وصلته ، ومن قطعني قطعته"^(٥) . وما أخرجه البخاري ومسلم أيضاً، عن أنس عن النبي ﷺ قال : " من سره أن يبسط له في رزقه وينسأ له في أثره فليصل رحمه"^(٦) ما رواه البخاري ومسلم عن جبير بن مطعم أن النبي ﷺ قال " لا يدخل الجنة قاطع رحم"^(٧) .

هذا ما روى لنا من خلال السنة مفادة : أن الرحم له مكانة خاصة، وعالية عند الله سبحانه وتعالى ؛ لذلك أوصانا بها على هذا النحو، مما جعلها

(١) الانفال ٧٣ : ٧٥

(٢) الاحزاب : ٦

(٣) النساء : ١

(٤) محمد : ٢٢

(٥) صحيح مسلم ٤ / ١٩٨١ م - كتاب البر والصلة والآداب - باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها - الحديث رقم ١٧ .

(٦) صحيح البخاري ٤ / ٢١ كتاب الآداب - باب من بسط له في الرزق بصلة الرحم - صحيح مسلم ٤ / ١٩٨٢ كتاب البر والصلة والآداب - باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها الحديث رقم ٢٠

(٧) صحيح البخاري ٤ / ٤٩ كتاب الآداب - باب إثم القاطع - صحيح مسلم ٤ / ١٩٨١ كتاب البر والصلة والآداب - باب صلة الرحم وتحريم قطيعتها الحديث رقم ١٩

منطقة مقدسة ينبغي أن يكون لها قدسية ونظرة تقدير واحترام، بعكس ما نحن عليه الآن. حيث يرى البعض أن هذا العضو الأنثوي صالح للإيجار أو الهبة أو التبرع أيا كان شكل التصرف.

بخصوص الدلالة الثانية للأرحام بالمعنى العضوي (وهو موضوع هذا الكتاب والمقصود بتأجيده) "الرحم هو الوسط الذي يتكون فيه الجنين ووعاؤه في البطن"^(١).

جاء وصف الرحم في القرآن الكريم عضواً أنثوياً، وكأنه صندوق مغلق على ما بداخله تحيط به ظلمات ثلاث، ولا يعلم أحد بما يحتويه إلا الله - سبحانه وتعالى -

"الله يعلم ما تحمل كل أنثى وما تفيض الأرحام وما تزداد وكل شيء عنده بمقدار عالم الغيب والشهادة الكبير المتعال"^(٢).

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِّنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَتُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى^(٣).

إِنَّ اللَّهَ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي الْأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ (٥) هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ^(٤).

وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ^(٥).

إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ^(٦).

(١) لسان العرب ٧٤/١٥، ١٧٥ دار احياء التراث العربى بيروت طبعة ١٤١٧ هـ ١٩٩٧ م - المعجم الوجيز ص ٢٥٩ - الصادر عن مجمع اللغة العربية طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم - ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م. - المعجم الوسيط، ج ١، ص ٣٣٥.

(٢) الرعد: ٨

(٣) الحج: ٥

(٤) آل عمران: ٨

(٥) البقرة: ٢٢٨

(٦) لقمان: ٣٤

قوله تعالى: أَفَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ^(١)

ومن خلال قول الله تعالى من الآيات السابقة يتضح لنا أن الله جعل الرحم مكان مقدس لا يمكن العبث فيه، أو الاستهانة به، أو حتى نجعل منه سلعة تباع وتشترى فيها، فمن خلال آيات الله نرى أنها تحثنا على أن ننظر إلى الرحم نظرة تقدير واحترام، لا كتلك التي ينظر إليه الآخرون الذين يريدون أن يجعلوا من الرحم مكانا للإيجار.

وتجدر بنا الإشارة إلى أن المقصود بالرحم المستأجر في بحثنا: هو الإنجاب الذي يتم بأخذ البويضة من الزوجة ليجري إخصابها - خارجياً - بالحيوان المنوي من زوجها. وكتيجة لأسباب متعددة تجعل صاحبة البويضة غير قادرة على الحمل في رحمها، فلقد ابتكر أطباء الغرب فكرة إدخال هذه البويضة الملقحة لرحم امرأة أخرى بدلاً من رحم صاحبة البويضة، وبهذا الأسلوب تحمل الأم صاحبة الرحم المستأجر هذا الجنين وتسمى "الأم بالرحم"^(٢).

وجدير بالذكر فإن الرحم ليس مجرد وعاء أو حضانة، كما يدعي البعض، بل هو القرار المكين بالأم لحمل الجنين فيه^(٣).

(١) الرسائل: ٢١

(٢) التعريف اللغوي (المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية - ٢٠٠٠):
الأم: هي أصل الشيء، وهي الوالدة، وهي الشيء يتبعه فروع له.
والأمومة هي نظام تعلق فيه مكانة الأم علي مكانة الأب ويضيف الدكتور يوسف القرضاوي (فتاوى معاصرة - ١٩٨٩).

"ولا شك أن خير وصف يعبر عن الأم وعن حقيقة صلتها بطفلها في لغة العرب هو "الوالدة" وسمي الأب "الوالد" مشاكله للام الحقيقة، أما الأب فهو في الحقيقة لم يلد، إنما ولدت امرأته. فالولادة إذن أمر مهم، شعر بأهميته واضعوا اللغة، وجعلوه محور التعبير عن الأمومة والأبوة والبنوة. .. وفي القرآن الكريم تأكيد لذلك المعنى في قوله تعالى: ما هن أمهاتهم، أن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم فلا أم في حكم القرآن إلا التي ولدت".

(٣) التعريف الاصطلاحي:

الأمومة هي علاقة بيولوجية ونفسية بين امرأة ومن تنجبهم وترعاهم من الأبناء والبنات.

وهذا هو التعريف للأمومة الكاملة التي تحمل وتلد وترضع (علاقة بيولوجية) وتحب وتتعلق وترعى (علاقة نفسية). وهذا لا ينفي أنواعاً أخرى من الأمومة الأقل اكتمالاً كان تلد المرأة طفلاً ولا تربيته فتصبح في هذه الحالة أمومة بيولوجية فقط، أو تربي المرأة طفلاً لم تلده طفلاً لم تلده فتصبح أمومة نفسية فقط.

وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ^(١)

أدلة تكريم الله جل شأنه لعضو الرحم يجدر الإشارة إلى وجود آيات ودلائل تبرهن وتؤكد الصلة الربانية والروحانية التي جسدها الله لعضو الرحم، وأكبر دليل على ذلك تشريف الله للرحم من خلال :

١ - أن الله سبحانه وتعالى اشتق اسمه منه لقوله في حديثه القدسي (أنا الرحمن)

٢ - أن الله جعل الرحم يشهد أهم أطوار خلق الإنسان وتصويره وكذا نفخ الروح بالجنين فيه : (خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَأُنْزَلَ لَكُمْ مِنَ الْأَنْعَامِ ثَمَنِيَّةً أَزْوَاجًا تَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ ذَٰلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمْ لَهُ الْمُلْكُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَأَنَّى تُصَرِّفُونَ)^(٢)

٣ - حكمته جل شأنه في وضع أكبر سر من أسرار أطوار الخلق به، وأحاطه بصفات معجزة في كيفية أداء عمله ؛ ولذا فالرحم - في أوقات الحمل وشهوره - يتضاعف حجمه ليصل آلاف المرات ويتضاعف وزنه أيضاً لمئات المرات وذلك لكي يحتضن الجنين بأمان .

٤ - جعل الرحم معلقة بالعرش لقول رسول الإسلام (عليه الصلاة والسلام) في حديثه الشريف الرحم معلقة بالعرش.

ب - الوصف الفسيولوجي للرحم :

وضع العلماء الطب وصفاً تشريحياً دقيقاً للرحم وذلك نظراً لأهمية وظيفته في الإنجاب من حيث مدى ارتباطه بالجسم الذي احتواه، ومن حيث تركيبه ومدى استعداده للقيام بمهمته^(٣).

(١) المؤمنون : ١٢ - ١٤

(٢) الزمر ٦

(٣) يتكون الرحم من جسم وعنق وكلاهما مكون من ثلاث طبقات :

ج - جاء وصف تكوين الجنين في القرآن الكريم :

على أنه عملية خلق بديعة وغريبة تكشف لنا عن عظمة الخالق عز وجل - وعن حسن تدبيره، وهذه العملية تمر بمراحل متعددة وأطوار متلاحقة، وقد ذكرها الله - جل علاه في كتابه الكريم^(١)

يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن ثُرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِّتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يُّتَوَفَّى وَمِنْكُمْ مَّن يُّرَدُّ إِلَى أَرْدَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِن بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا^(٢).

ومما سبق يتبين لنا من خلال الآيات الكريمة أن مراحل خلق الإنسان

تتكون من :-

- | | |
|-----------------|------------------------|
| ١- سلاله من طين | ٥- عظام |
| ٢- نطف | ٦- لحم يكسو العظام |
| ٣- علقه | ٧- خلق آخر (نفخ الروح) |
| ٤- مضغه. | |

هذا وقد جاء في السنه النبويه كان عند عمر ابن الخطاب (رضي الله عنه وأرضاه) قوم فقالوا "إن قوما زعموا أن العزل هو المؤودة الصغرى" فقال على بن أبي طالب (كرم الله وجهه) "لا تكون مؤودة حتى تمر على التارات السبع تكون سلاله من طين ثم تكون نطفه ثم تكون مضغه ثم تكون عظاما ثم تكون لحما ثم تكون خلقا آخر" فقال عمر: "صدقت أطل الله بقاءك".

كتاب اساسيات امراض النساء ص ٢٠ / د إبراهيم سماحة / طبعة مركز الكتاب الجامعى / سيد محمود - ٨ ش سليمان الحلبي بالقاهرة سنة ١٩٨٩ - كتاب النمو الجنيني للانسان ص- ١٢٢ للأستاذ الدكتور حمدى العيشى ، وأ.د محمد نور الدين / أ.د زغلول مهران / أ.د يوسف ميخائيل طبعة دار الشعب بالقاهرة الطبعة الأولى ١٩٨٣

(١) نوح الآية ١٣.
(٢) الحج الآية ٥.

د - المصطلحات الخاصة بخلق الجنين في الرحم

الاخصاب: هو اتحاد الحيوان المنوي ببويضة المرأة لتكوين نقطة الأمشاج. أي البويضة الملقحة، ويتم التلقيح بينهما في قناة تصل بين مبيض المرأة ورحمها "قناة فالوب" وذلك بواسطة والاستدخال الطبيعي "الجماع" وبعد أربعة أيام من التلقيح تكون الخلايا الناشئة عن التلقيح قد تكاثرت ثم تندفع هذه الخلايا المتكاثرة نحو الرحم فتلتصق بجداره وبذلك يحدث الحمل الطبيعي ماراً بسلسلة من العمليات المتتالية. ومن خلال التعريف السابق يقتضى بنا أن نبين المراد من كلمة التلقيح في اللغة.

التلقيح في اللغة: مأخوذة من لقح النخلة تلقيحاً وألقحها، والملاقح الفحول، وهى الإناث التي في بطونها أولادها، والملاقيح ما في بطون النوق من الأجنة الواحدة. استعمل لفظ لواقح في القرآن الكريم في قوله تعالى: **لَوَأَرْسَلْنَا الرِّيَّاحَ لَوَاقِحَ فَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً فَأَسْقَيْنَاكُمُوهُ وَمَا أَنْتُمْ لَهُ بِخَازِنِينَ^(١)**. والمراد بلفظ لواقح هنا في الآية الكريمة تلقيح الشجر وتجري السحاب فتدر بالمطر^(٢).

- **والتلقيح هو إحيال ذكر لأنثى^(٣)** وسئل ابن عباس (رضي الله عنهما) عن رجل له امرأتان أرضعت إحداهما غلاماً والأخرى جارية، فهل يتزوج الغلام الجارية: فقال: لا لأن اللقاح واحد، ويقال أيضاً لقحت الناقة بالكسر لقحاً ولقاحاً بالفتح فهي لاقح، وألقحها الفحل أي ألقى إليها الماء فحملته^(٤).

ومما سبق يتضح لنا أن المعنى الاصطلاحي للتلقيح الطبيعي لا يختلف عن المعنى اللغوي له، ومما هو جدير بالذكر أن التلقيح بالشكل الطبيعي المعروف لنا عبارة عن منظوره ربانيه صنعها الخالق عز وجل، تبدأ باتحاد الحيوان المنوي للذكر ببويضة الأنثى ماراً بسلسلة من العمليات المتتالية والمتداخلة والتكاملة التي تبين عظمة الخالق في تديره، ولقد وصف لنا القرآن الكريم عن هذه المراحل في

(١) سورة الحجر الآية ٢٢

(٢) تفسير المصنف المفسر للإمام أبي جعفر محمد ابن جرير الطبري

(٣) انظر ترتيب القاموس المحيط، طاهر احمد الزاوي، الجزء الرابع، طبعة أولى ١٩٥٩ ص ١٤١، (كلمة لقحت)

(٤) مختار الصحاح ص ٣٧٢ - المصباح المنير ج ٢ ص ٧٦٤ - الجامع لاحكام القرآن القرطبي ج ٥ ص ٣٧٣

قوله تعالى: **لَوْ لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ❖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ❖ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ**^(١).

- **الأمشاج**: الأمشاج في اللغة هي الخلايا الذكورية كالحيوَان المنوي، والخلايا الأنثوية البويضة قبل أن تندمج لتكوين اللاقحة^(٢). والأمشاج هي الأخلاط قال تعالى: "إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه"^(٣)، فيتكون من المائتين نطفة أمشاج هذه "الزيجوت" المتكونة من التحام نواة البويضة من الأنثى بنواة الحيوان المنوي من الرجل فيتحدان. وعندئذ يحصل التلاقي والتلاقح، وبعد التلاقح تنقسم البويضة الملقحة انقساماتها المعروفة المتتالية فتتقسم الزيجوت وتصبح الخلية خليتان... والخليتان أربع^(٤) أما بالنسبة لهذه الخلية التي تنقسم فهي كما ذكرت سابقا تكونت خلال لقاء خلية بويضة بحيوان منوي، هذه الخلية نصفها يحمل خواص الأم والنصف الآخر يحمل خواص الأب، وهذه الخواص تسمى بالكروزومات التي تحمل جميع التعليمات المنظمة لحياة الفرد^(٥).

- **الاستدخال**: مصطلح فقهي قديم يعني حقن ماء الرجل في قبل المرأة^(٦).

- **الببيضة**: وتسمى بيولوجيا بويضة، والببيضة تصغير بيضة وهي مني الزوجة أو خلية الأنثى^(٧).

- **الجوين**: هو ماء الرجل أي الحيوان المنوي^(٨).

- **اللقيحة**: هي البويضة الملقحة بالحيوانات المنوية^(٩).

(١) سورة المؤمنون الآية من ١١ : ١٤.

(٢) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، بيروت: دار الفكر، (د.ت)، ص ٢٧٠.

(٣) الإنسان: ٧٦.

(٤) أبو زيد، بكر بن عبد الله، فقه النوازل، المجلد الأول، الرياض: مكتبة الرشد، ص ٢٥٣، ١٤٠٧.

(٥) عبد الغني اسامة. موسوعة الطفل من الحمل حتى البلوغ، مصر: المصرية (د.ت) ص ٩٣.

(٦) فقه النوازل، ص ٢٠٤.

(٧) فقه النوازل، ص ٢٥٥.

(٨) فقه النوازل، ص ٢٥٦.

(٩) فقه النوازل، ص ٢٥٧.

- **قناة فالوب:** هي الطريق التي تصل بين الرحم والمبيض، وسميت بذلك نسبة إلى عالم التشريح الإيطالي الذي اكتشفها. وإذا طرأ على هذه القناة انسداد صار سببا لعدم قابلية الحمل. ومنهم من يسميها "قناة الرحم".
هـ- وهناك سؤال يطرح نفسه: هل الرحم المستأجر لحساب الغير^(١) (الظئر) يؤثر في صفات الجنين أو الموروثات (الجينات) التي يحملها؟

(١) تتم هذه التقنية من الانجاب الصناعي عن طريق أخذ بويضة من الزوجة وتلقيحها بماء الذكر تتكون نطفة الأمشاج توضع في رحم امرأة أخرى وتسمى هذه المرأة حتى ينتهي الحمل بمولد الطفل ويتم تسليمه لأبويه البيولوجيين ويتم اللجوء إلى هذه الطريقة في حالة وجود عيب في رحم الزوجة بحيث لا يمكن أن تحمل. ومما هو جدير بالذكر قد تكون صاحبة الرحم البديل أيضا زوجة أخرى للزوج صاحب النطفة الذكرية. ولهذا يمكن حصر طرق تأجير الأرحام في أربع طرق:

الوسيلة الأولى:
زوجان يرغبان في الانجاب ولكن هناك خلل في رحم الزوجة فاتفقا مع امرأة أخرى غير متزوجة لتأجير رحمها لتحمل نيابة عن هذه الزوجة العقيم

الوسيلة الثانية:
زوج له زوجتان وكانت أحدهما عقيما فأخذت ببيضة منها ولقحت بماء زوجها وغرست نطفة أمشاجهما في رحم زوجته الأخرى السليمة فحملت ثم ولدت

الوسيلة الثالثة:
المرأة المستأجرة: لرحمها متزوجة، ويعلم الزوج بهذا العقد وشارك زوجته في إتمامه أو أنه علم بعد ذلك وسكت.

الوسيلة الرابعة:
هي نفس الصورة السابقة ولكن زوج هذه المرأة التي حملت أنكر أن يكون هذا ولده (د/ محمد علي البار - أخلاقيات الانجاب الصناعي ص ١٠٤ الدار السعودية للطبع والنشر والتوزيع ١٩٨٧م)

وسنتحدث بالتفصيل في الفصل الثاني أن شاء الله تعالى عن حكم هذه الطرق السابقة ويتجلى لنا دراسة هذه المسائل موضوع بحثنا في كونها حتى يتبين لنا مدى حرمتها ومخالفتها للنظام العام وبالتالي يتعين علينا أن نبحث في مسألة هل الحرمة لهذه الوسيلة جاءت من عدم احترام المنى أم جاءت الحرمة نتيجة الآثار المترتبة من جراء هذه العملية من اختلاط الأنساب أم لأنها قريبة من شبهة الزنا وأخيرا لكونها مخالفة للعواطف والمشاعر واحترام الذات الإنسانية. وبناء عليه فقد بات لازما أن نتناول حكم هذه الوسيلة من خلال دراسة تفصيلية لموقف التشريعات المقارنة التي نبع منها مثل هذه الوسائل ومن ثم دراسة موقف القضاء المقارن وأخيرا موقف الفقه المصري وكذلك كما سبق وأن رأينا موقف الشريعة الإسلامية من جراء هذه الوسيلة الرامية آلتية لنا من الغرب وذلك من خلال النقاط التالية من هذا الكتاب أن شاء الله تعالى. (تأجير الرحم - حلال أم حرام ص ٨٢ وما بعدها للشيخ محمود غريب مكتبة الايمان بالمنصورة - الطبعة الأولى - ١٤٢١ - ٢٠٠٠م).

وحتى نستخلص الإجابة فعلينا أن نعلم أن هناك تفاعلاً حيوياً وكيميائياً وبيولوجياً بديعاً بين الجنين والأم الحاملة له وثبت أن هناك كثيراً من الخفايا عن موروثات الجنين بالأرحام وأن صورة عمل تلك الجينات كاملة ما زالت في طي الكتمان لا يعلمها كلها إلا الله.

ويقول العلماء بأن دم الأم - الموصول بالجنين - يحمل كل مكوناته الوراثية وإذا كانت الأم حاملة لموروث (جين) أحد الأمراض الوراثية فإن ذلك يؤثر على الجنين بل وقد يستمر الأم. وبعد ولادته. وللعلم فقد نشر كتاب لعالم أمريكي شهير منذ عام بعنوان (الحياة في الرحم) وأشار فيه إلى أن حالة الإنسان الصحية طوال حياته تتحدد بالفعل أثناء التسعة أشهر برحم الأم. وبهذا فإن صفات الجنين قد تتأثر بالبيئة المحيطة به بالرحم. ولهذا فالعلم لا يلغي نظرية الوراثة كما أشار سيادته.

المطلب الثاني

تاريخ وتطور استئجار الأرحام

مما لا شك فيه تمثل تكنولوجيات التكاثر الحديثة أحدث وسائل الصراع العلمي في مواجهة العقم، وذلك بغرض ضمان تطور جنين سليم، وتتضمن هذه التكنولوجيات الإنجاب الاصطناعي للمرأة بواسطة النطفة الذكرية لزوجها أو باستئجار أرحام أخرى - بصرف النظر عن مشروعية كل منهما، لأن الحديث عن ذلك سيكون لاحقاً - بإذن الله تعالى - .

في الوقت الذي لم يكد يتفق فقهاء الشريعة والمتخصصون في الطب وواضعو القانون حول بعض القضايا المثارة والمتعلقة بالإخصاب الصناعي عامة وعمليات الرحم المستأجر خاصة، وإدخال طرف ثالث غير الزوجين في عملية الإخصاب، ومدى مشروعية مثل هذه التصرفات والآثار الناتجة عنها إلى آخر تلك القضايا، بل أن بعض القوانين إن لم تكن معظمها لم تتدخل بالتنظيم أساساً لمثل هذه الأمور الخطيرة والمتعلقة ببني البشر ورغم ذلك يعتبر هذا الموضوع بالغ الحساسية والخطورة لمساسه بأعظم كيان وهو الإنسان، لأنه إذا كان هناك ضرورة نقل عضو من أعضاء الجسم تفادياً للوفاة مقبولا وانقذاً لحياة

مريض وفي حدود وضوابط معينة، ورغم ما في ذلك من خلاف فإن نقل الأعضاء الخاصة بالتناسل فى غاية الخطورة وذلك لما له من خصوصية للنتاج البشرى.

وهذا يقودنا إلى مسألة التبرع بالمبيض فهى من الأمور التى تشكل غاية فى الخطورة، إذ هو المصنع الذى ينتج البويضات والذى يمثل شطر الجنين أوالمشاركة فى تشكيل نطف الأمشاج، ولذا فإن البويضة التى تنشأ لن تكون بويضة المرأة التى زرع لها المبيض، والجنين الذى ينشأ فى رحمها سيكون جنين المرأة المعطية أو المتبرعة، صاحبة المبيض بيولوجياً.

منذ وقت كبير والأطباء يحاولون التوصل إلى اكتشاف سلالات جيدة للحيوانات، وفى طريقهم إلى ذلك توصلوا إلى أسرار لم تكن معروفة من قبل، واستطاعوا أن يكشفوا ما كان مكنوناً فى الطبيعة، وأن يظهروا اكتشافات هائلة فى مجال الإنجاب وتكنولوجيا الإخصاب الصناعى، نقلت العالم إلى عصر والتقدم والنمو من الناحية الطبية خاصة والاقتصادية عامة.

وهكذا فإن هذه التطورات فى مجال الطب عموماً وفى مجال عمل استخدام الأرحام المستأجرة خصوصاً قد يبدو الغرض منها الإنجاب، إلا أن الواقع العملي دل على أن هناك آثار سيئة ترتبت على استخدام هذه العمليات، ومن ثم فإن هذا التقدم قد أسىء استخدامه، مما يقود العالم إلى مستقبل مظلم، لأن المشاكل التى تثار حالياً، وأن كان لا يمكن وصفها بأنها تمثل ظاهرة اجتماعية، إلا أنها أصبحت أو على وشك أن تصبح ناقوساً للخطر يهدد النظام العام.

ولذلك لابد من أن يقنن القانون مثل هذه الوسائل على ألا تكون عرضة للتداولات الخاطئة، مع وضع الضوابط والقيود والأحكام ما يمكن التحكم فيه والسيطرة عليه لخدمة ومصلحة البشرية والأجيال المستقبلية، ولكى يحدث هذا لابد من دراسة تاريخ وتطور إستئجار الأرحام عبر العصور وما هو السبب الداعى لتزايدها بهذه الطريقة مع الأخذ فى الاعتبار بالاعتراضات الدينية والأخلاقية المفروضة ضده.

المفرد الاول

عودة الغرب في العصر الحديث إلى ما كانت عليه الجاهلية

لا شك من أن التقدم العلمى هو الأساس الذى يدفعنا إلى الأمام وهذا بخلاف الواقع، فالتيار الذى جاء إلينا من الغرب المحمل بالتقدم فى مجال الإنجاب الصناعى هوى بنا إلى الوراء وأن صح التعبير إلى السفلى، والدليل على ذلك لو أجرينا مقارنة بين بعض الصور للإنجاب الصناعى والنكاح فى عصر الجاهلية لوجدنا أوجه تشابه بين الطريقتين، مع ضرورة الأخذ فى الاعتبار أن الأخيرة حُرمت بنص من القرآن.

إن استئجار الأرحام غالباً ما يرجع إلى العهد القديم ، مشيراً إلى مشكلة العقم لـ إبراهيم وزوجته سارة^(١). في قصة الكتاب المقدس فإن سارة أقنعت زوجها سيدنا إبراهيم - عليه السلام - أن يقوم بمعاشرة خادمتها هاجر وكانت نيتها تنصرف الى امكانية الحصول على طفل من خلال^(٢) هاجر التي ولدت الطفل إسماعيل والذي تم تربيته بواسطة سارة وإبراهيم^(٣). حيث أن البعض يصفون هذه القصة كمحظية أو زوجة ثانية أكثر من أم بديلة^(٤). والحقيقة

Ted Peters, Surrogate Motherhood: An Ethical Puzzle, in For the Love of Children: Genetic Technology and the Future of the Family 59-60 (Don R. Browning & Ian S. Evison ed., 1996),

Id. Both the King James version and the new American standard version have Sarah issuing her intent in the first person (۲)

وقد فعل ذلك سيدنا إبراهيم الخليل عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام قال أهل الكتاب أن سيدنا إبراهيم عيه السلام - سأل الله ذرية طيبة وأن الله بشره بذلك وأنه لما كان لإبراهيم بيلاد بيت المقدس عشرون سنة، قالت سارة لإبراهيم عليه السلام أن الله قد أحرمني الولد فأدخل على أمتي هذه لعل الله يرزقني منها ولدا فلما وهبتها له دخل بها إبراهيم عليه السلام فحين دخل بها حملت منه إسماعيل عليه السلام وولدتها ولإبراهيم من العمر ست وثمانون سنة قبل مولد إسحاق بثلاث عشر سنة قصص الانبياء - للإمام أبي الفداء اسماعيل ابن كثير (٧٠١ - ٧٧٤ ص ١٥٢ دار عمر بن الخطاب طبعة أولى (١٤٠١ - ١٩٨١)

Gnesis 16:15 (੩)

g., kathy Ruth Klinke, The Baby M Controversy: A Class Distinction, 18 Okla. City U.L. Rev. 113, 115 (1993) (giving several examples).

هى أن قبل ظهور عقود الاستئجار الأرحام فإن ممارسة استئجار الأرحام كانت مع الأم البديلة التي ربما تكون صديقة أو فرد من الأسرة.

وعلى هذا النهج كان التلقيح الصناعي يطبق بطريقة واضحة في الجاهلية وكان يدعى بنكاح الاستبضاع الذي سيرد ذكره أن شاء الله تعالى وفي رأى هذه الصورة تطبق اليوم كما هي ولكن بمسميات أخرى إذا كان بمنى غير الزوج.

ولقد كان للإسلام السبق الأول في مجال التلقيح الصناعي في الوقت الذي لم تضع له معظم القوانين الحديثة أي نظام قانوني له حتى يومنا هذا والدليل على ذلك أن فقهاءنا الأوائل تعرضوا لهذه المسألة في أبواب مختلفة من كتب الفقه في نفس الوقت الذي لم يتوصل أهل الطب إلى أية معلومات عنه، كما وأهتم علماءنا القدامى وقدموا وصفات وفقا لمعارف عصورهم لعلاج العقم في كتاب "الرحمة في الطب والحكمة" باب بعنوان معالجة عدم الحمل^(١).

وتتعدد صور التبرع بالنطفة المذكورة مثل: تخصيب الزوجة بمنى رجل أجنبي خارجيا ثم زرعها في رحم الزوجة، وهى تشبه نكاح الاستبضاع الذى كان شائعا ومعروفا في الجاهلية عند العرب، حيث كانت المرأة تذهب برضا زوجها إلى أحد المتميزين بصفات النجابة وتحمل منه وتنسب الولد لزوجها. ولا بأس علي الزوجة التي أجرت رحمها بعد أن يعاشرها زوجها بعد أن تمر فترة الإخصاب كما رأى الرجل الجاهلي أنه يباح له معاشرة زوجته بعد أن يطمئن إلى أن الفحل المختار قد تمكن من إخصابها. كما أنها تشبه قضية "الصوفة"

فقد روى عن البخاري وأبو داود (٢) قال يحيى بن سليمان: حدثنا ابن وهب، عن يونس. حدثنا أحمد بن صالح: حدثنا عنبه. حدثنا يونس، عن ابن شهاب اليوم: أخبرني عروة بن الزبير: أن عائشة زوج النبي ﷺ - أخبرته: أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: -

(١) الرحمة في الطب والحكمة للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ص ١٥٠ مطبعة الفجر الجديد

(٢) البخاري ج ١٩ ص ٩٦، ٩٧ الحديث ٢٠٤٨. كتاب النكاح، أبو داود ج ٢ ص ٢٩٠، الحديث ٢٢٧٢، كتاب الطلاق.

منها نكاح الناس اليوم: .

يخطب آخر: إلى الرجل وليته أو ابنة فيصدقها ثم ينكحها

ونكاح آخر:

كان الآخر: قول لامرأته إذا طهرت من طمثها: ارسلنى إلى فلان فاستبضعى منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبدا حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذى تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب. وإنما يفعل ذلك رغبة فى نجابة الولد فكان هذا النكاح نكاح "الاستبضاع".

ونكاح آخر:

يجتمع الرهط ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومر عليها ليال بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع، حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم: قد عرفتم الذى كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان تسمى من أحبت باسمه فيلحق به ولدها، لا يستطيع أن يمتنع به الرجل.

نكاح رابع:

يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها - وهن البغايا - كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علم فمن أرادهن دخل عليهن. فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم الكافة. ثم الحقوا ولدها بالذي يرون فالتات به. ودعا ابنه، لا يمتنع من ذلك فلما بعث محمد - ﷺ - هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم.

وهناك صورة أخرى وهى قضية الصوفة التى عرفتھا العامة وقت لم يكن هناك أطباء بمعنى الكلمة بل كان الطب فى ايدى القساوسة أو فى ايدى القابلات. وهذه الصورة بذاتها تطابق اليوم صورة الإنجاب بمنى غير الزوج وكانت تطبق فى الجاهلية وقبل الإسلام بطريقة ظاهرة وواضحة للجميع فيما يسمى بنكاح الاستبضاع الذى سبق ذكره وقضية الصوفة كانت تدور بين الزوجات اللاتي لم ينجبن فكن يذهبن إلى القابلات فتعطينهن القابلات "صوفة" يلبسنها أو يضعنها فى موضع الجماع، وهذه الصوفة عبارة عن قطعة من القطن تلوئها القابلة بسائل منوي لرجل آخر، وقد تنجح فى حمل المرأة إذا كان نقص

التخصيب بسبب من الرجل ، وفي هذه الحالة تعتقد السيدة التي لم تحمل من قبل أن هذه القابلة قد نجحت معها في إزالة هذا السبب وتعطيها هدايا ومالا ، وتمعن في إكرامها ، وهي لا تدري أن السم في الدسم ولا تعلم ماذا في الصوفة التي تلبسها أو تستعملها^(١).

ونستنتج مما سبق أن التلقيح الصناعي ليس جديدا إلا في الطريقة التي يتم بها فهي طريقة قديمة منذ التاريخ وذلك نظرا للاهتمام بالتكاثر والإخصاب ، قديما جعلوا للإخصاب آلهة سموها آلهة الإخصاب. وجعلوا لها طقوسا للتقرب لها ولاسترضائها حتى تحجب عنهم العقم. كانت المرأة العاقر في الحضارات القديمة وحتى الحديثة موضع سخرية مما يجعلها عرضة للضغوط الاجتماعية ، لذلك كانت من محاولات التخلص من العقم الزواج بأخرى إذا كان العيب من المرأة أما إذا كان السبب يرجع إلى الرجل فتزوج المرأة بأخر^(٢).

لذلك تعتبر ظاهرة تأجير الأرحام ظاهرة طبيعية لبعض الأمم وليست بجديدة أو غريبة بل هناك الأسوأ ويرجع السبب في ذلك إلى أن نظام الزواج عندهم يختلف عن النظام في الشرائع السماوية والله الحمد ؛ لذلك سنقوم بدراسة المواد الزواج وحقوق الزوجين عند بعض الأمم قديما لمعرفة الأسباب التي أدت إلى ممارسة تأجير الأرحام

وقد اختلفت الأمم وتباينت^(٣) في تحديد الطريقة التي بها يجتمع الرجل بالمرأة. فبعض الأمم ترى وجوب تعدد الزوجات، تكثيرا للنسل وبعضها ترى

(١) د/ علي ابراهيم. الانجاب الصناعي في نظر الدين ص ٧٤٤ بحث مقدم في ندوة لواء الاسلام المنعقدة في ١٣ رجب ١٣٨٤ - ١٧ نوفمبر ١٩٦٤ م. مجلة لواء الاسلام. العدد ١٢ - السنة الثامنة عشرة - غرة شعبان ١٣٨٤ - ٥ ديسمبر ١٩٦٤ م - (انظر قضية ص ٢٤ كتاب د/ عطا السنباطي)

(٢) د/ فردريك لوى - أثر تطبيق التوزيع العادل في بحوث التكاثر البشري ص ١٣٣ ، بحث مقدم في ندوة لضوابط والاخلاقيات ١٩٩١ م

(٣) مواد الزواج وحقوق الزوجين عند بعض الأمم قديما
مادة ١٤٤ - إذا تزوج رجل كاهنة وأعطته جارية لتلد البنين ثم أدار الرجل وجهه ليتزوج خليفة فينجب منه من التزويج بها ولا يجوز له اتخاذ خليفة.
مادة ١٤٥ - إذا تزوج رجل كاهنة ولم تلد له أولادا وقرر أن يتزوج خليفة ثم تزوجها وجاء بها إلى بيته فالخليفة سوف لا تكون في مستوى الكاهنة.
ص ٥١٦

وجوب تعدد الأزواج للمرأة الواحدة خصوصا في البلاد التي يقل فيها عدد النساء عن الرجال كما أن بعض الأمم يقتصر زوج واحد لزوجة واحدة. ولذلك فقد بات لازما أن تناول هذه الأنظمة حتى نستتج الأسباب التي ساعدت على تقبل نظام الإنجاب بتأجير الأرحام.

النظام الأول: تزوج المرأة بعدة رجال: عند بعض الأمم يوجد نظام يباح بمقتضاه لجماعة من الرجال أن يشتركوا في زوجة واحدة فتكون حقا مشاعا بينهم. ويكثر ذلك في الشعوب البدائية وفي هذا النظام قد تختلف منزلة الأزواج وقد تتحد. فيكون الأزواج تارة علي قدم المساواة في الحقوق والواجبات والأبوة للذرية. فيعتبرون جميعاً آباء لمن تأتي به الزوجة من أولاد. وتارة يعتبر أحد الأزواج زوجا أصيلا فينسب إليه وحده جميع من تأتي به المرأة من أولاد ويعتبر من عداه أزواجا من الدرجة الثانية لهم مساكنة الزوجة في مقابل بعض الواجبات التي تلقى علي عاتقهم أو بغير مقابل. ويكون هذا في بعض الأحيان في الأزواج الذين بينهم رابطة قرابة فيعملون على الاشتراك في زوجة واحدة. ويوجد ذلك النوع في جنوب الهند وعلي حدوده الشمالية وخاصة لدى قبائل (جوانواريس). زيلنده الجديدة - جزائر ماركيز وجنوب أمريكا.

وفي بعض جهات كناريا من غرب أفريقيا وفي اليوسيين من آسيا وجبال هماليا وغير ذلك من السكان. فقد جرت عاداتهم أن يتزوج الأخ الأكبر فتصبح زوجته زوجة لجميع اخوته. والمرأة تتمتع باخلاص جميع أزواجها. ومصالح البيت تكون موزعة علي هؤلاء الأزواج.

ويضاف إلى ذلك أن الحكومة الهندية تحاول اخضاع هذه القبائل لقانونها العام الذي لا يبيح مثل هذه الحالة. والعقائد الدينية عند هذه القبائل لا تزال

مادة ١٤٦ - إذا تزوج رجل بكاهنة وجاءت له بخادمة لتلد له أولاداً ثم أن الخادمة أقامت نفسها مقام سيدتها لأنها ولدت له أولاداً فليس للكاهنة زوجة الرجل أن تبيعها بفضته ولكن لها أن تربيتها وتعدّها من بين العبيد.

مادة ١٤٧ - إذا لم تلد الخادمة لسيدتها أولاداً حق لزوجه الكاهنة أن تبيعها بفضته.

مادة ١٤٨ - إذا تزوج الرجل بامرأة ثم وقعت في المرض وقرر أن يتزوج غيرها فله أن يفعل ذلك ولكن ليس له أن يطلق زوجته الأولى التي أصابها المرض أما هي فلها حق السكنى في زوجها الذي بناء وعليه أن يعينها مادامت في قيد الحياة.

تعوق جهود المصلحين ويظهر أن هذا النظام نتيجة الفقر وعدم وجود القدرة عند الرجل علي القيام بشئون أسرة مستقلة يقوم فيها بشئون ابنائه. وفي بعض قبائل العرب في الجاهلية كان الولد يشارك أباه في زوجته.

والشكل الثاني لهذا النظام أن يتاح تعدد الرجال لامرأة واحدة بدون تقيد بوجود رابطة قرابة بين الأزواج. وهذا النوع كان موجودا في الجاهلية. وقد يباح التعدد علي وجه يجعل الزوجة متصلة بزواج واحد ويباح لغيره أن يساكنها لا علي أنه زوج.

ويسمى هذا نكاح الاستبضاع. قد كان شائعاً عند الرومان وفي الجاهلية. فقد كان الزوج يسمح لزوجته أن تتصل برجل عظيم لتأتي له بأولاد نجباء ينسبون إليه ويحملون اسمه. بل كان هذا النوع يعد من الفضائل عن الاسبرطيين. وقد كثرت انواع اتصال الرجال بامرأة واحدة. ومن عيوب هذا النظام أنه يؤدي إلى ضعف غريزة الغيرة عند الرجال علي النساء. لأن المرأة تصبح مشاعة بين رجال متعددين لا تحمل النخوة واحدة منهم علي المحافظة علي كرامتها^(١).

النظام الثاني تزوج الرجل بامرأة واحدة: وقد أخذ بهذا النظام كثير من المجتمعات الإنسانية قديمها وحديثها متحضرها وبدائها. ومن أنظمة الزواج نظام يوجب ألا يتزوج الرجل بأكثر من امرأة واحدة في وقت واحد ولا المرأة أكثر من زوج واحد كذلك. وساد علي الأخص في العصور القديمة عند قدماء اليونان والرومان ويسير عليه في العصر الحاضر جميع الأوروبيين وسلالاتهم بأمريكا وأستراليا وغيرهما وقد جعلته المسيحية المثل الأعلى للزواج.

وجدير بالذكر لم يرد في الانجيل نص صريح يدل علي تحريم تعدد الزوجات. وإنما فهم بعض الفقهاء المسيحيين هذا المعنى من عبارة في الانجيل لا تدل دلالة صريحة علي ذلك.

وقد صار المسيحيون القدامى علي هذا النظام لأن معظم الأمم الأوربية التي انتشرت فيها المسيحية في أول الأمر ومنهم اليونان والرومان ومن إليهم -

(١) د/ علي عبد الواحد وافي الأسرة والمجتمع ص ٥٨ - ٦٦ / الأستاذ/ محمد صبرى - المقارنات والمقابلات ص ٣٢٢ - ٣٢٤ مشار إليهم في كتاب الزواج والطلاق في جميع الأديان - تأليف فضيلة الشيخ عبد الله المراغى - ١٩٦٦م - مطبعة المعرفة.

كانت التقاليد عندهم تحرم تعدد الزوجات، وقد سارت علي هذا النظام بعد اعتناقها المسيحية علي ما وجدت عليها اباؤها فلم تكن وحدة الزوجة لديها نظاما طارئاً جاء به الدين الجديد الذي دخلت فيه، وإنما كان نظاما قديما جرى عليه العمل قبل ذلك.

غير أن أوضاع الكنسية المسيحية قد استقرت الان علي تحريم هذا التعدد، واعتبرت هذا التحريم من تعاليم الدين كما يتضح ذلك جليا عند الكلام علي الزواج عند المسيحيين^(١) ولهذا النظام أضرار تلحق بالمجتمع الذي يسوده، لأن عدد الأخدان والعشيقات يزدن في تلك البلاد زيادة تخل به. ونرى أن من ضمن أسباب تقبل العرف لهذه الشرائع فكرة تأجير الأرحام هو نظام وحدة الزوجة أي عدم السماح بالجمع لأكثر من زوجة وبعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية تبين لنا أن في التقصير هنا من وجهة نظرنا يرجع إلى الأشخاص دون نصوص الشرائع وذلك لأن أحكامهم لا تخلو في معظم الأحيان عن الرغبات الجامحة والشهوات، مما أدى إلى تقبل العرف عندهم عملية كتأجير الأرحام.

أما صور التبرع بالنطف المذكرة أو أخذ مقابل عنها وهي نفسها تشبه قضية الصوفة التي سبق ذكرها كما أنها تشبه نكاح الاستبضاع الذي كان شائعا في الجاهلية وأن كانت هذه الصور أصبحت اليوم بفضل ما يدعون به من تقدم تأخذ شكلا تنظيميا أحيانا غاية ما في الأمر أن نكاح الاستبضاع كان يتم بقاء جنسى بين الرجل الأجنبي والمرأة، أما في هذه الصورة أي "بنوك النطف" فإن النطف توضع عن طريق الإنجاب الصناعي الداخلي بالحقن، وقد انتشرت بنوك النطف والأجنة مع الأسف الشديد في الولايات المتحدة وغيرها كإسرائيل واليابان، ولن يكتفي بذلك بل وتوغل الموضوع إلى الدول الإسلامية والعربية، وبلغ عدد الأطفال المولودين بهذه الطريقة عدة ملايين في مختلف بقاع الأرض وتشغل هذه البنوك في الغرب زحاما كبيرا لتحقيق أرباح خيالية. ومن وجهة نظري اعتقد أن تحقيق الأرباح سواء ان كانت

(١) المرجع السابق، ص ٧٢.
المقارنات والمقابلات ٣٤١

مادية او سياسية هو السبب الاساسى لهذه العملية وليس السبب هو خدمة هذا الكتاب العلمي وحل مشكلة الإنجاب.

كما جاء ابن النفيس في كتابه الموجز في الطب حيث ذكر الأعضاء التناسلية لكل من الرجل والمرأة والأمراض التي تصيبها والعلاج منها وكيفية معرفة نوع الجنين.....وهكذا^(١).

فعلى سبيل المثال لو نظرنا في فقه الإمام جعفر (٢) إذا واقع الرجل زوجته ولما قام عنها ساحقة بكرا فانتقلت نطفة الزوج من الزوجة إلى البكر وحملت فما هو الحكم في الحد ومهر البكر والحمل؟

وجاء في صاحب مغنى المحتاج (٣) في كتاب أمهات الأولاد حيث بين في سياق حديثه عن كيفية ثبوت أم الولد لأمه فأشترط لذلك أن يكون الماء محترماً، وذلك بأن يكون الإنزال والاستدخال في حال حياة السيد فقال: "وخرج بقولنا في حال حياته ما إذا استدخلت منيه المنفصل في حال حياته بعد موته فلا يثبت به أمية الولد لأنها بالموت انتقلت إلى ملك الوارث".

وهكذا تبين لنا أن التلقيح الصناعي بأنواعه ليس بجديد حيث أنه كان معروفا قديماً عرفه العامة وقت لم يكن هناك أطباء متخصصون بل كان الطب يمارس من خلال القساوسة أو القابلات^(٤).

(١) الموجز في الطب لعلاء الدين على بن أبي الحزم القرشي المعروف بن النفيس (٧٠٠ - ٦٨٧ تحقيق - عبد الكريم العزباوى، مراجعة د/ أحمد عمار د/ رمضان عبد التواب - طبعة ثانية (١٤١٨ - ١٩٩١م) ص ٢٤٨ وما بعدها وزارة الأوقاف المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

(٢) غفه الإمام جعفر الصادق ج ٦ ص ٢٨٠. طبعة دار الجواد - بيروت - لبنان - طبعة رابعة سنة ١٩٨٢.

(٣) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٥٣٩.

(٤) د/ على إبراهيم التلقيح الصناعي في نظر الدين ص ٧٤٤ - بحث مقدم في ندوة لواء الإسلام المنعقدة في ١٣ رجب ١٣٨٤ - ١٧ نوفمبر - ١٩٦٤ م مجلة لواء اسلام - العدد ١٢ السنة الثامنة عشر - غرة شعبان ١٣٨٤ - ٥ ديسمبر ١٩٦٤م

تعتبر قضية الصوفة " حيث كانت الزوجات اللاتي لم تنجبن تذهبن إلى القابلات فتعطينهن القابلات الصوفة يلبسنة أو يضعنها في موضع الجماع وهذه الصوفة عبارة عن قطعة من القطن تلوئها القابلة بالسائل المنوي لرجل آخر وقد تنجح في حمل المرأة إذا كان نقص التخصيب بسبب من الرجل وفي هذه الحالة تعتقد السيدة التي لم تحمل من قبل أن هذه القابلة قد نجحت معها في إزالة هذا السبب فتعطيها هدايا ومالا وتنعم

وعقب ذلك في البداية كان التلقيح الصناعي قديماً يمارس في الحيوانات بغرض تحسين السلالات^(١). ثم مع حدوث تطور تدريجي ظهر ما يسمى بتأجير الارحام.

في سنة ١٧٨٠ م قام عالم فسيولوجي إيطالي بترشيح السائل المنوي لذكور الكلاب، وجمع السائل الذي مر من ورقة الترشيح ولقح به إناث الكلاب

في اكرامها وهي لا تدري أن السم في الدسم ولا تعلم ماذا في الصوفة التي تلبسها أو تستعملها. ويضيف سيادته أن هذه المسألة انتهت بقضية من حوالي ٣٠ سنة حيث كانت امرأة أحد القضاة لا تحمل فذهبت إلى إحدى القابلات في شبرا فألبستها صوفة ثم حملت السيدة ووضعها ولدا أسودا ووصلت القضية إلى المحاكم واتضح أن القابلة نفسها كانت سوداء وكانت تأخذ السائل المنوي لأخيها الأسود مثلها ونقلت نفس المجلة في ص ٧٥٩ من نفس العدد عن د/ محمد سالم الجراح قصة مشابهة حيث يذكر سيادته عن رأي في طفولته تطبيقاً عملياً للتلقيح الصناعي فيقول: كانت لنا جارة اشقاها حرمان من الأولاد واجهدتها السعي بين اضرة الأولياء واقبية العرافين واستعمال الاحجية والطلاسم دون جدوى وذات يوم ملرت واحدة من ضاربات الرمل ووصلت إلى القرية ضمن "قافلة الفجر" وكانت إحدى قوافل الفجر تتردد على القرية بين حين وحين بنسائها واطفالها فيزاول اعضائها في ٨/١ القرية ما يسر الله لهم من الحرف الشريفة منها والخسيس ثم يرحلون بما استطاعوا الحصول عليه من رزق وهمست إحدى إحدى الجارات في إذن ضارية الرمل تسألها أن كانت تستطيع مساعدة تلك السيدة المحرومة من العيال لكى تنجب ولو طفلة واحدة تؤنس وحشتها وتشبع ١١ عاطفة الأمومة عندها وتوثق العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها واجابة ضارية الرمل بكثير من الثقة في النفس أنها ستحاول جهدها وأنا في اعقابهم كطفل صغير وكشفت ضارية الرمل على رحم السيدة العقيم وأكدت أنه ليس بها أي معوق دائم للحمل وأن كس ما هناك أن عندها اصابة يبرد مزمنة ستعالجها هي بقطعة من الصوف تدسها في الرحم على أن تترك في مقرها ما لم يقل عن ٢٤ ساعة ويجب أن يتم اتصال بين الزوجين في خلال الفترة والصوفة مستقرة في مكان الرحم واتفقت على أجر باهظ تأخذ امقدا ضئيلا منه وترجىء اجله إلى مثل هذا الموسم من قابل حين تعود مع القافلة لتجد السيدة المحرومة العيال قريرة العين بما انجبت وتم الاتفاق فانطلقت ضارية الرمل إلى خيام قافلتهامضت ساعة أو بعض ساعة عادت بعدها تحمل قطعة صغيرة من العجين واخرى من الصوف وتظاهرت بانها تقرأ عليها العزائم قبل أن تدفع بهما إلى مكان في الرحم امين واخذت تتربق في قلق لأعرف أن كان سحر ضارية الرمل سينجح وفجأة فعلا بطن جارتنا تكبر ويحدث حيناً عن المفجأة السعيدة لجارتنا التي ظات منقودة حتى صنع سحر ضارية الرمل معها ما عجز كل الأطباء والأولياء والعرافين وأصحاب الاحجية عن القيام به وعادة ضارية الرمل من قبل لتجد صاحبته سعيدة وتحصل مؤخرها احدها مضاعفا سخيا.

راجع : 18 - 17 P - 1991 "Genertion epreuve - P - M - A" Mandelbaum - s

Snawden Retmitchell. G.D. "la Famille Artificielle 1984 - P.1

(١)

فلم يحدث الحمل ، ولكن حينما جمع مكون السائل المنوي الموجود على ورقة الترشيح وقام بوضعه صناعيا داخل الأجهزة التناسلية للكلاب حدث حمل. وفي المملكة المتحدة كان بداية استخدام تقنية الإخصاب الصناعي بتدخل الغير عام ١٨٨١م. وتمت هذه التقنية علي زوجة تاجر من فيلادلفيا، فقد طرحت مشكلته علي طلبة كلية الطب واقترح جميع الطلبة جمع عينات من انشط الطلاب ثم خلطها وحقن الزوجة بها دون علم الزوجين بذلك. ثم تم إعلام الزوج بعد ذلك إلا أنه لم يعترض وقبل الحقيقة باستياء شديد، ولكنه بعد الولادة أظهر سعادة جمّة وطلب كتمان الحقيقة علي زوجته. فعندما بلغ المولود الخامسة والعشرين من عمره زاره أحد الطلبة الذين شاركوا في العملية وأخبروه بالحقيقة.

ولقد تم رصد حالات شبيهة بما حدث في فرنسا فقد استعان الإنجليزي "بانكوست" بأفضل طالب - من طلبة كلية الطب - في فصله كمترجم وكان ذلك قبل عام ١٨٨٤م ولقد استمرت الاستعانة بطلبة كلية الطب كمترجمين لمدة طويلة، وكان يدفع لهم دائماً إلى أن ظهرت تقنية حفظ النطف الإنسانية عن طريق تجميدها.

ثم تغير تاريخ الإخصاب الصناعي المساعد عندما قام عالم روسي بإجراء دراسات سنة ١٩٠٠م في الاتحاد السوفيتي على الحيوانات الزراعية المختلفة بدأها بالخيول ، واستطاع أن يصف طريقة كاملة لتلقيح الخيل صناعيا، كما بدأ أيضاً في دراسة طرق التلقيح الصناعي في الأغنام والماشية، بعد ذلك اخذ يتطور الإخصاب المساعد، ليأخذ مكانه في تحسين الثروة الحيوانية وبدأ تطبيقه في الولايات المتحدة الأمريكية سنة ١٩٣٨م وفي أوروبا قبل ذلك بقليل وللإخصاب المساعد في الحيوانات فوائد كثيرة منها القدرة على تلقيح عدد كبير من الإناث من الطلائق الممتازة، فمن المعروف أن الطلوقة التامة النمو يمكن أن يلقح حوالي ٧٠: ١٠٠ بقرة سنوياً تلقيحاً طبيعياً أما في حالة الإخصاب المساعد فإن مثل هذا الذكر يمكنه أن يلقح على الأقل ١٠٠٠ بقرة في السنة أي بزيادة قدرها عشرة أمثال القدرة الطبيعية. ومنها حماية الذكور والأبقار من العدوى ببعض الأمراض، حيث يمكن باتباع الإخصاب المساعد المحافظة على الذكور من العدوى ببعض الأمراض

التناسلية التي تنتقل إليها عن طريق وثبها على الإناث المريضة وبالتالي منع انتشار أي مرض تناسلي من أية أنثى مصابة في التلقيح - عن طريق الذكر - إلى بقية أفراد القطيع ومنها رخص تكاليف الإخصاب المساعد حوالي ٥٠ ٪ عن مثيلاتها بالنسبة للتلقيح الطبيعي وغير ذلك كثير.

وبعد ذلك بدأت تقنية استئجار الأرحام في عالم الحيوان في صورة استخلاص مجموعة من بويضات بقرة أو جاموسة أو أنثى أي حيوان آخر ذات صفات وراثية جيدة، بشرط أن تفرز مبايض البقرة الأم عددا كبيرا من البويضات نتيجة تحفزها بهرمونات إخصاب معينة تؤثر في هذه المبايض، وتجعلها تنتج أعدادا كبيرة من البويضات، ثم تؤخذ البويضات في أنابيب اختبار وتنقل في الأرحام أبقار عادية ليست جيدة الصفات، ثم يجري تلقيحها بطريقة طبيعية، وذلك عن طريق إعطاء الفرصة لثور O X ممتاز الصفات لتلقيحها وإلا سيقوم البيطريون المتخصصون بإجراء هذا التلقيح صناعيا فيحدث الحمل والإخصاب وتحمل كل بقرة في عجل ليس من أصلها ثم تلده^(١).

وفي عام ١٩٥٧م أظهر أول تحقيق لإتحاد أطباء النساء والتوليد الفرنسي أن بعض الأطباء يمارسون هذا النوع من التلقيح عن طريق متبرعين عزاب مدفوع لهم *Donneurs Celiba Tairs Payes*، لكن التحقيق لم يستمر وحفظ علي الفور^(٢)، ومع انتشار مراكز حفظ ودراسة السائل المنوي بفرنسا وفتح أبوابها للطالبين للتقنية بدأ عدد الأطفال المولودين بهذه الوسيلة في التزايد^(٣)، وفي سنة ١٩٥٩م تم رصد عشرين ألف حالة تقريبا بالولايات المتحدة الأمريكية، نتيجة التلقيح

(١) د/ كارم السيد غنيم: الاستنساخ والانجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء - الطبعة الأولى - ص ٢٤٥ دار الفكر العربي - بيروت ١٩٩٨م
(٢) د. رضا عبد الحليم - الحماية القانونية للجنين البشري " الاستنساخ وتدايعاته - الناشر دار النهضة العربية - ١٩٩٨م - ص ٥٤. وأشار سيادته إلى:
Delaiside de Parseval - El-A. Pratiqueancinne R - Projet No 195 - 1985 - p.20.

(٣) وصل عدد هؤلاء الأطفال المولودين عن طريق تقنية الانجاب الصناعي بتدخل الغير في عام ١٩٩٢م إلى ٢٥ ألف طفل.

انظر: *Barriere, P. "Partique De La P-A" 1993 - P - 239*

الصناعي بصفة عامة^(١). ويلاحظ التأثير المباشر الفعال للمقابل المالي علي عدد المعطين ونوعياته من خلال الآتي: "أنه في إحدى الدراسات المنشورة حول عدد المعطين من عام ١٩٧٣م حتى عام ١٩٧٦م تبين أن الغالبية العظمى منهم من الشباب، ومثلت شريحة الطلبة ٧٢,٨٪ من النسبة الكلية في حالة المعطين المدفوع لهم، وما لبث أن اختلف الحال تماماً بعد حظر المقابل المادي بمقتضى القانون رقم ٩١ - ١٤٠٦ الصادر عام ١٩٩١م.

فحينئذ عادت المراكز بشدة من نقص عدد المتبرعين أمام الطلبات السنوية المتزايدة وطالت مدة الانتظار في بعض المراكز لأكثر من عام^(٢)، ومن البديهي أن هذه المراكز كان لابد لها من وضع قواعد تنظيمية لتضمن بها حسن سير العمل بداخلها وذلك قبل صدور التشريع الحالي (قانون رقم ٩١ - ١٤٠٦ الصادر في ١٩٩١م). وبالفعل وضعت قواعد تنظيمية تتعلق بالنواحي الصحية بغية ضمان خلو المعطي أو المتبرع من الأمراض الخطيرة والتي من المحتمل انتقالها إلى الجنين بعد الإخصاب. هذا من جهة ومن جهة ثانية وضعت هذه المراكز قواعد تنظيمية تضمن بها أن التبرع من زوجين COUPLE ولأجل زوجين، وسبب ذلك أن هذه المراكز قد رفضت العملية إذا كان المعطي أو المتبرع رجل أعزب أو امرأة عزب.

هذا بالإضافة إلى أنه تم لأول مرة في فرنسا سنة ١٩١٨م تلقيح المرأة بمنى رجل آخر غير زوجها، وانتشر بسرعة ففي سنة ١٩٣٥م ولم تسجل في إنجلترا إلا حالة واحدة، وفي أمريكا جرى التلقيح لنحو عشرين ألف امرأة، وقدر رسمياً عدد أطفال التلقيح الصناعي سنة ١٩٤١م بنحو ٣٦٤٩ طفلاً هذا غير ما خفي عن الإحصاء.

(١) د. رضا عبد الحليم - المرجع السابق - ص ٥٥، وفي مجال مقارنة التقنية محل البحث مع التبني يراجع سيادته - نفس المرجع - ص ٥٥ : ٥٦.
(٢) فبلغ عدد الطالبات السنوية للمراكز ما بين ٢٥٠٠ إلى ٣٠٠٠ طلب وعدد المتبرعين منذ عام ١٩٨١م يتراوح ما بين ٧٠٠ : ٨٠٠ متبرع سنوياً انظر: Terre - F. "L'enfant Esclave" 1987 - P - 52.

وفي نيويورك ظهر أول بنك للأجنة المجمدة سنة ١٩٨٣^(١)، يضاف إلى ما سبق أنه قد أنشئت جمعيات للأمهات البديلة، ففي مدينة لوث أنجلوس في الولايات المتحدة الأمريكية، تكونت جمعية تسي "جمعية الأمهات البديلات" يتوافد عليها عدد كبير من الأزواج مستعدون لدفع آلاف الدولارات لامرأة تحمل طفلاً عن طريق التلقيح الصناعي.

وفي مصر بنوك لحفظ الحيوانات المنوية والبيضات غير المخصبة وكذلك المخصبة، حيث تم إنشاء أول بنك لهذا الغرض في مصر سنة ١٩٩٦ م. أصدر قانون تنظيم إجراءات الإنجاب من خلال الأم المستأجرة في المملكة المتحدة عام ١٩٨٥^(٢)، وقد اتجه المشرع إلى تحريم كافة الإجراءات التحضيرية أو التنفيذية المتعلقة بالوسيلة المشار إليها إذا كان الدافع هو الاتجار والتي تصدر من الغير سواء بالنسبة للأفراد أم الهيئات، أيا كانت طبيعتها ويندرج تحت ذلك أفعال التحريض والاتفاق والمساعدة والإعلان.

ولا يخضع الطبيب وفقاً لذلك القانون إذا اقتصر سلوكه على إجراءات مساعدة الأم على الوضع أو الإشراف على الحمل بعد حدوثه، إذا لم يكن قد شارك في الأعمال السابقة على ذلك التي يجرمها المشرع، والتي تهدف إلى تشجيع هذه الوسيلة خاصة إذا كان الغرض هو الربح^(٣).

وأعلنت الحكومة الهولندية عام ١٩٨٨ م أن هذه الوسيلة محل هذا الكتاب غير مرغوب فيها وأنه لا وجه لتنظيمها أو الرقابة على تنفيذها؛ لأن ذلك يعني الاعتراف بها والتشجيع عليها وحذرت الأطباء من اللجوء إليها^(٤). فهناك شبه إجماع في مختلف دول العالم حول تجريم الاتجار في مجال التلقيح الصناعي بصفة عامة والأم البديلة خاصة. ففي فرنسا تعاقب المادة ٢٢٧ - ٥ من قانون العقوبات الصادر في ٢٢ / يوليو ١٩٩٢ على عدم تقديم

(١) على يد العالم المصري الدكتور / سعد حافظ

(٢) Surrogacy Arrangement, Act ١٩٨٥.

(٣) Medical Law, Ian Kennedy and Andrew Grubb. P.712

(٤) المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، محمد عبد الوهاب الخولي، ص ١٠٢.

الصغير إلى من له حق عليه. كما يعاقب المشرع في (المادة ٢٢٧ - ١٢) من ذات القانون "كل من يحرض الوالدين أو أحدهما علي ترك الطفل حديث الولادة أو علي وشك الولادة وذلك سواء أكان ذلك مقابل فائدة مالية أم وعد بها أم تهديد أم إساءة استعمال السلطة. ويشدد المشرع العقوبة في حالة التوسط بدافع الربح بين من يرغب في تبني طفل وأحد الوالدين الذي يرغب في ترك الطفل عقب الولادة أو قبلها. كما تعاقب (المادة ٢٢٧ - ١٣) علي تغيير الحالة المدنية للطفل.

وتنص (المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي) بأن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان محله مما لا يقبل التداول مثل الإنسان الآدمي، فإذا نشأت منازعات حول تسليم الطفل في حالة استخدام وسيلة الأم البديلة في الإنجاب فلا يتم الفصل فيها وفقا للعقد؛ لأنه باطل بل يكون الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة واختيار الحل يكون وفقا لمصلحة الطفل^(١).

وعلي الرغم من أن المشرع السوداني لم ينص صراحة علي بطلان الحالة موضوع الكتاب إلا أن القواعد العامة في قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤ تجعل مثل هذه العقود باطلة باعتبارها عقود غير مشروعة إذ تنص المادة ٧٨ منه علي أنه "

يجب أن يكون محل العقد جائزا شرعا وإلا كان العقد باطلا. وتنص (المادة ٨٤ - ٢ -) من ذات القانون بأنه "يجب أن يكون السبب سبب العقد موجودا وصحيحا ومباحا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب). فإذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب لأنه يتعلق بالتصرف في جسم الإنسان بما يخالف القانون والآداب العامة والنظام العام. كما أن علاقة الشخص بأسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات.

وهناك دليل علي أن هناك ما سيتضح مستقبلا من تطورات ربما تكون خارجة الآن عن التصور العقلي أو المنطق ولكن بعد حين من الزمن سوف تكون

(١) المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، محمد عبد الوهاب الخولي ص ١٠٠ وما بعدها. المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، ايهاب يسر، ص ١١٨.

معتادة وخير مثال على ذلك التصور^(١) عند حديثه عن أول طفلة ولدت عبر التلقيح الصناعي ، قائلاً : " أن لويز براون بنت أبيها وأمها ولكن ماذا لو أن أنها كانت فاقدة الرحم فتمت لويز في رحم امرأة أخرى تحملها وتلدوها؟ بنت من تكون؟ وهل الثمرة بنت البذرة أو بنت الأرض؟ سؤال ليس له من الشأن في عالم النبات ما له في عالم الإنسان^(٢) .

الفرع الثاني

التطور التكنولوجي للإنجاب الصناعي^(٣)

(١) جاء هذا في حديث د/ حسان ختوت قبل حدوث هذه العملية عام ١٩٧٩ م في مجلة

العربي
(٢) مجلة العربي - ع ٢٤٢ - ١٩٧٩ م - مقال (ليست ابنة انبوب اختبار - د/ حسان ختوت - ص ٤٧ .

(٣) الاستنساخ قبلية بيولوجية - سلسلة العلوم التكنولوجية - د/ كامل زكى حميد - مراجعة د/ احمد مستجير ٢٠٠٧ م تنفيذ الهيئة المصرية العامة للكتاب - ص ٣٢ - ٣٧

- في عام ١٩٧٠ ، صدر مقال للعالم "الين توفلر" بعنوان "صدمة المستقبل" يتناول فكرة أن الإنسان قد يخضع إلى قوانين جبرية بواسطتها يمكن السيطرة على نوعية تناسل الجنس البشري ، وأن توافر الظروف الوراثية والتشريحية الملائمة يقود إلى إنتاج إنسان جديد ، وأن الإنسان هو القادر على تحديد نوعية الجنس البشري الناتج طالما يملك الأماكن للتحكم في الظروف . واستطرد "توفلر" موضحاً أن العلم لديه القدرة على إنتاج جسم بشري يمكنه القيام بمهام محددة لا يستطيع غيره القيام بها . وهي فكرة تماثل الفكرة الحالية لإنتاج الإنسان "السوبرمان" الذي تتجمع فيه أفضل الجينات لكل الصفات ، وذلك بالهندسة الوراثية وتقنياتها التي امل العلماء عن طريقها في الوصول إلى ذلك .

والجدير بالذكر أن الخيال العلمي لم يتوقف بعد استنساخ النعجة "دوللي" بل زاد إنتاج قصص الخيال العلمي خاصة تلك المتعلقة باستنساخ البشر ، وفي عام ٢٠٠٠ أنتج فيلم من هذه النوعية يتناول ما يمكن أ ، يحدث في هذا المجال في عام ٢٠٠٨ ، ولقد عرض التلفزيون المصري هذا الفيلم باسم "المستنسخ Cloned" . وهو يحكي قصة سيدة تدعى "سكاي" كانت تعمل في أحد المستشفيات ، وكان أستاذ التكاثر في هذا المستشفى "كوزاك" قد سبق أن عالجها كي تنجب بتقنية أطفال الأنابيب وأن ابنها الذي حصلوا عليه ويسمى "كريس" قد غرق في حادثة ولم ينتشلا جثته من الماء ، ولم تكن سكاي قادرة على الإنجاب مرة أخرى لعدم مجود بويضات صالحة للإخصاب ، وبالمصادفة وبعد عام من غرق ابنها شاهدت في أحد المنتجعات طفلاً شديداً الشبه بابنها المتوفي حتى أنها حسبتة هو ، وحاولت الإمساك به وعندما قابلت والدته عرفت أنها انجبت هذا الطفل عن طريق تقنية أطفال الأنابيب من نفس بنك البويضات في معمل الدكتور "كوزاك" ، وهنا ارتابت "سكاي" في الأمر وسأورها الشك أنه حدث اختلاط في الانساب عند نقل البويضات والحيوانات المنوية وأن الولدين توأمان ، وعندما واجهت الطبيب بما يراودها من شكوك طلب منها أن تمده بشعرة من شعر ابنها المتوفي (من

نستعرض في تدرج التقدم في تكنولوجيا الإنجاب والتناسل وزراعة الأجنة

والإخصاب خارج الرحم، محاولين توضيح المفارقات التي حدثت والتي تعد في حقيقة الأمر حمل لأفكار إيجابية ولكن حدث لها تسمم فكري كان من نتائجها في النهاية تأجير الأرحام والاستنساخ اللاجنسي من خلايا جسدية كما حدث في استنساخ النعجة "دوللي". وذلك من خلال عرضنا لبعض القضايا والأحكام التي ترتبت عليها وأخيرا سنقوم بعرض عروض السيدات المصريات والعربيات لإيجار أرحامهن.

أول عملية تلقيح صناعي Artificial Insemination

في أواخر القرن الثامن عشر وقبل نهايته بعام واحد (١٧٩٩)، نجحت أول تجربة تلقيح صناعي في العالم وتم إحداث الحمل بإيصال الحيوانات المنوية للرحم بطريقة صناعية.

وتلا ذلك فترة ركود طويلة في هذه الناحية، ولم يسجل التاريخ العلمي طوال القرن التاسع عشر (مائة عام) ويزيد أية خطوات تقدمية في هذا المجال. إنتاج أجنة حيوانية في أنبوبة اختبار:

وباقتراب منتصف القرن العشرين نشطت التجارب والمحاولات في أبحاث الخصوبة وظهرت نجاحات عديدة، ففي عام ١٩٤٤ تمت أول محاولة لتنمية وإنتاج أجنة حيوانية عن طريق أنابيب الاختبار، أي بطريقة أطفال الأنابيب وأن

الذكريات اليت تحتفظ بها) وشعرة من الطفل "تومي" شبيهة وعينات من الخلايا لكي يطمئنوا بأنه لم يحدث اختلاط وأن عمله بينوك البويضات لا تشوبه شائبة، وحاول الدكتور "كوزاك" إبعاد الشبهة عن معمله بالتحايل العلمي على تجربة المقارنة بين جزيئات وجينات الطفلين. ولكن "سكاى" لم تقتنع بالنتيجة وصممت على تتبع الموضوع وساعدها أنها كانت تعمل في نفس المستشفى الذي يوجد به معمل الدكتور "كوزاك" وتمكنت بطريقة ذكية من التسلسل خلصة إلى المعمل الخاص بأبحاث كوزاك واكتشفت أنه يقوم باستنساخ قلب إنسان وأنه يحاول استنساخ البشر، وهنا زادت هواجسها وارتابت في التجربة اليت أجراها على الحمض النووي للطفلين، ولذلك أرسلت عينات الشعر وعينة دم من خلاياها وخلايا زوجها إلى مختبر علمي آخر والذي جاءت نتائجه تؤكد تطابق الحمض النووي للطفلين.

صبح القرن "حيوانات الأنابيب"، أي إحداث الإخصاب خارج الرحم ثم يعاد زرع الجنين وتثبيته في رحم الحيوان الأم وتركه لإتمام فترة الحمل. ولادة عجل باستخدام حيوانات منوية مجمدة:

في عام ١٩٤٩، تمكن العلماء من حفظ الحيوانات المنوية للثيران النطفة، في الجليسرول عند درجة (- ٧٩م) ومن هذه التقنية للمحافظة على الحيوانات المنوية حية وفي حالة مجمدة تم الانتقال بعد ذلك لاستخدام هذه الحيوانات في التلقيح. وبالفعل تمت ولادة أول عجل باستخدام حيوانات منوية سبق تجميدها في عام ١٩٥٢، وذلك بإعادة تسهيل الحيوانات المنوية وإعادتها إلى حالتها الطبيعية وإحداث تلقيح صناعي لبقرة، وتم الحمل بنجاح وولد العجل عن هذا الطريق.

وكان قد سبق هذا الحدث بعام (أي سنة ١٩٥١) نجاح محاولات نقل النطفة، إذ حدث الحمل في بقرة ثم نقلت النطفة إلى رحم بقرة أخرى. تجميد الأجنة البشرية:

في عام ١٩٦٤، قام عالم الفيزياء "روبرت إيتنجر" بتجميد أجنة الإنسان في مراحل تكوينها الأولى ثم فك التجميد، وتم استكمال نمو الأجنة بعد ذلك دون حدوث تغيرات ملموسة في استمرار النمو وتكون الأعضاء وتمايز الأنسجة^(١).

(١) ولادة "لويزا براون" أول طفلة أنابيب:

وفي عام ١٩٧٨، نجحت أول حالة في التاريخ لولادة طفلة أنابيب وهي البريطانية لويزا براون، حيث قام د. باتريك ستيتو ود. بوب إدواردز بإجراء تلقيح للبويضة خارج الرحم في الحضانة ثم زرعت البويضة في رحم الأم، والإيجابي في هذه العملية أن الحيوان المنوي والبويضة اللذين تم تلاقيهما خارج الرحم كانا من الأب والأم الأصليين للمولودة لويزا براون.

نزع أنوية البويضات الملقحة للفئران، وزرعها في بويضة أخرى:

وفي عام ١٩٧٩، قام العالم السويسري كارل المنس بأخذ بويضة ملقحة (زيجوت) من فأرة ونزع نواتها، ثم زرع هذه النواة في بويضة ملقحة أخرى منزوعة النواة (مأخوذة من فأرة أخرى) ثم زرعت البويضة الملقحة المعدلة في رحم الفأرة الثانية أو فأرة أخرى) ثم زرعت البويضة الملقحة المعدلة في رحم الفأرة الثانية أو فأرة أخرى - ثالثة وتم نمو الأجنة بشكل طبيعي. والنتيجة التي تستخلص من تجربة كارل أن البويضة الملقحة - أي بويضة ملقحة -

=

تجميد الأجنة وإعادة زراعتها^(١)

في عام ١٩٧٢ ، نجحت ولادة أول عجل من أجنة مخصبة مجمدة ، فبعد إخصاب البويضة في رحم بقرة تم نزع الجنين وجمد لفترة، ثم أعيد تثبيته أو زراعته في رحم بقرة أخرى واكتمل الحمل ، وتمت ولادة عجل بهذه الطريقة. إخصاب البويضات البشرية خارج الرحم: ..

وفي عام ١٩٧٣ ، تمكن طبيب من المتخصصين في الإخصاب المجهرى وهو الدكتور "لاندرام. ستيلز" وبمشاركة زميله الدكتور "ويليام سويني" وهو

يكون لديها الاستعداد للانقسام حتى لو نزلت نواتها وأدخل بها نواة خلية تحتوي على جهاز كامل للكروموزومات من خلايا نوع الحيوان نفسه.

(١) ولادة طفل من جنين تم تجميده عشرون عاما - أنجبت امرأة فى الثانية والاربعين من عمرها فى الولايات المتحدة طفلا من جنين تم تجميده لنحو عشرون عام وطبقا للمجلة الخصوبة والعقم الأمريكية فإن العالم لم يعرف حتى الآن جنينا جمد لهذه الفترة الطويلة وتم نقله إلى رحم امرأة بعد تحوله من الحالة المجمدة إلى الحلة السائلة التى هى عبارة عن بويضة مخصبة بحيوان منوى بعد فترة تجميد استمرت تسعة عشر عام وسبعة اشهر وكانت الأمراة تخضع للعلاج منذ عشرة اعوام والجنين الذى حصلت عليه تبرع به زوجها هو واحد من خمسة اجنه تم اسالتها لكن لم يبق منهم على قيد الحياة سوى اثنين زرع فى رحم الأم التى ولدت الجنين المذكور حيث نجح واحد منهم فقط ويوضح اد/ حسين يوسف استشارى النساء والتوليد وعلاج العقم بمستشفى وأدى النيل أن فكرة تخصيب البويضات بالحيوان المنوى بدأت عام ١٩٧٨ مع ولادة لويزا براون - أول طفل انبوب فى العالم التى نال عنها العالم روبرت ادوارد جائزة نوبل للطب عام ٢٠١٠ وفى ذلك الوقت كانت اساليب تنشيط المبيض محدودة وبالتالي كان الحصول على عدد وافر من البويضات محدودا وبالتالي كان يتم معظم الأجنة التى تنتج فى عملية التخصيص إلى رحم السيدة فى وقتها وبين أعوام ١٩٨٠ - ١٩٩٠ ت - تطورت اساليب تنشيط المبيض وبالتالي أصبح هناك عدد كبير من البويضات يتم إخصابها فى العملية الواحدة ومعها بدأت فكرة نقل عدد محدود من الأجنة من الرحم والاحتفاظ بالأجنة المتبقية بأسلوب التجميد عند عمر ٢٤ إلى ٤٨ ساعة للجنين حيث تم اختراع جهاز باستخدام النيتروجين السائل حيث توضع الأجنة المتبقية فى سوائل فسيولوجية تحافظ على الجنين من الآثار الجانبية لدرجات البرودة المنخفضة جدا التى تبلغ ١٧٠٠ وشائع أن يتم الاحتفاظ بها لعدة اشهر أو سنوات محدودة حيث استخدمها لنفس الأم سواء فى حالة فشل محاولة الاساسية أو فى حال رغبة الأم فى الحصول على طفل اخر وهنا يتم تسيل الأجنة بأجهزة إلكترونية برفع درجة حرارتها تدريجيا للوصول بها إلى دجة حرارة الغرفة ٢٢ درجة وغالبا ما تحصل على نسبة من الأجنة السليمة التى يعاد نقلها إلى رحم الأم وإضاف د/ حسين يوسف أن نسبة نجاح الحمل فى مثل هذه الحالات ما بين ١٠ و ١٥ ٪ ونادر ما تصل إلى ٢٠ ٪ فى بعض الحالات وإضاف أنه توجد اليوم طرق حديثة سريعة وسهلة لحفظ الأجنة وتسيلها فى خلال دقائق معدودات بعدما كان ذلك يتم لمدة ٨ ساعات مع الاجيال القديمة من اجهزة التجميد - جريدة الاهرم الجمعة ١٥ اكتوبر ٢٠١٠

أستاذ نساء وتوليد بمعهد "كورنيل"، من عزل نقطة من طيب أسنان وبويضة من زوجته التي كانت تعاني من العقم بسبب تلف قناة فالوب تلفاً لا شفاء منه، وكان العالمان يستعدان لزراعة الجنين الذي تم إخصابه داخل الحضانة في رحم السيدة (زوجة طيب الأسنان) إلا أن رئيس المعمل "د. ريموند فاندفيل" علم بالتجربة قبل زراعة الجنين فاقترح معمل "د. شتيلز" وأتلف عمداً العينة الخلوية المعدة للزرع واتهم "شتيلز" بانتهاك القانون البيولوجي؛ لأنه يريد خلق كائن مسخ. وطرده د. شتيلز من المستشفى والمعمل. وكان "لاندرايم شتيلز" قد أعلن أنه تمكن من إحداث حمل بزرع جنين في رحم امرأة (أي بعد التخصيب خارج الرحم بطريقة أطفال الأنابيب) ولكن التجربة باءت بالفشل بسبب إجراء استئصال رحمي للمرأة.

وفي حوالي نفس الوقت أعلن فريق من الأطباء الأستراليين أنهم أحدثوا حملاً عن طريق زرع جنين بشري في رحم سيدة، ولكن الجنين أجهض بسبب وقوع حادث منماجي لهذه السيدة.

وفي أغسطس عام ١٩٧٤، أعلن "دوجلاس بيفيس" من جامعة "ليدز" الإنجليزية أنه تمكن من إحداث إخصاب لثلاثة أجنة بشرية في أنابيب الاختبار. وبعد ذلك زرعها في أرحام ثلاث نساء وحملن طبيعياً وأنجبن أطفالاً أسوياء. وكان إعلان الدكتور "بيفيس" عن هذه التجربة في اجتماع لنقابة الأطباء في إنجلترا، وأكد وقتها أن أعمار الأطفال الثلاثة تتراوح بين العام والعام والنصف. وتعرض د. بيفيس لحملة شرسة بسبب فعلته هذه، ولكنه لم يفقد وظيفته ولم يطرده من الجمعيات العلمية. ويبدو أن أطفال الأنابيب هؤلاء لم يسجلوا في الدوريات العلمية أو أنهم ماتوا بعد ذلك، حيث أن المسجل في تاريخ العلم أن أول طفلة أنابيب ولدت في عام ١٩٧٨ (بعد تجربة بيفيس بأربع سنوات).
استفارة بويضة لأم لا تنجب:

وفي عام ١٩٨٣، أيضاً وضمن سلسلة المحاولات لعلاج العقم في البشر تمت أول عملية نقل جنين من أم إلى سيدة أخرى ليس لها القدرة على الإنجاب، حيث تمت ولادة طفلة نتجت من إخصاب الحيوان المنوي لأب لبويضة أخذت من سيدة متبرعة، وتم الإخصاب خارج الرحم بطريقة أطفال الأنابيب، وبعد

ذلك تم تثبيت الجنين في رحم السيدة (تدعى كارولين بيكر) التي تريد إنجاب طفل. والخطر في هذه العملية أن نصف الكروموزومات في خلايا الطفلة المولودة لم تأت إليها من أمها التي ولدتها، ولكن انحدرت إليها من بويضة السيدة المتبرعة، وهنا بدأ الخطر يظهر وتتداخل الأنساب وتختلط الصفات الوراثية.. وهذا على عكس أول طفلة أنابيب (لويزا براون)، والتي ولدت قبل ذلك بخمس سنوات (١٩٧٨)، والتي تم الحفاظ على الصفات الوراثية المنحدر إليها من الأبوين (البويضة والحيوان المنوي من أبويها).

ولادة طفلة من جنين مخصب مجمد:

وفي عام ١٩٨٤، ولدت طفلة أسترالية من بويضة مخصبة، أي تم تلقيحها بحيوان منوي أو ما تسمى في هذه الحالة بالزيجوت، ثم تم تجميد هذا الجنين لفترة خارج الرحم، ثم أعيد لحالته الطبيعية وثبت في رحم الأم، وولدت الطفلة بعد ذلك بحالة طبيعية وسميت الطفلة الوليدة "زوى".

الرحم التأجير:

وفي سابقه خطيرة في تاريخ التكاثر والاستئصال في عام ١٩٨٦ وفي الولايات المتحدة الأمريكية تم إجراء عملية إخصاب لبويضة من امرأة بواسطة حيوان منوي من زوجها - ويبدو أن المرأة كانت تعاني من عيب في الرحم بحيث لا يمكنها حمل الجنين - وزرعت البويضة المخصبة أو الزيجوت في رحم امرأة أخرى^(١) من ولاية "نيوجرسي" تسمى "ماري بيث" على أن تسلم الجنين لأبويه بعد ولادته، ولكن ماري التي أجرت رحمها لاستضافة جنين الأبوين أحست بمشاعر الأمومة عندما تحرك الجنين في أحشائها وأرادت الاحتفاظ به بعد ولادته، ورفعت قضية أمام المحاكم الأمريكية تطالب فيها بحقها في حضانة المولود ورعايته، ولكن المحكمة رفضت القضية وقررت تسليم الجنين للأم والاب

(١) تسمى هذه العملية الرحم التأجير: وهي "تلقيح بويضة الزوجة التي ترغب في الإنجاب بهذه الوسيلة بحيوان منوي من زوجها لوجود عائق من جانبها، ثم يتم غرز بويضتها الملقحة بماء زوجها في رحم امرأة أخرى بعد تجهيزه لإتمام فترة الحمل به".

تسمى الأم الحاملة Mere Porte use أو الأم المستعارة Mere Demprunte.

صحابى الأمشاج (الخلايا الجنسية، أي الحيوان المنوي والبويضة) ؛ لأنه ينتمي إليهما وراثياً وصفاته البيولوجية منحدره منهما.

دمج خلية جينية مع خلية جسدية:

في عام ١٩٩٥ ، تمكن علماء يابانيون من دمج خلية جنينية مع خلية جسدية باستخدام تيار كهربى ، وتعد هذه أول مرة يتم فيها إدماج الخلايا دون معايرة جنسية.

"أنجيلا" الإيطالية والرحم الجماعى:

ومن الحالات الغريبة التي حدثت في شهر سبتمبر عام ١٩٩٦ أن سيدة إيطالية تدعى "أنجيلا" قد وافقت على تحويل رحمها إلى رحم جماعى ، حيث استقبلت جنينين من أبوين ووالدين مختلفتين في وقت واحد وفترة حمل واحدة ، وقام بإجراء هذه العملية الدكتور "يلوتا" في أحد مستشفيات سويسرا ، وأعلن أن الولادة المنتظر حدوثها في شهر يونيو ١٩٩٧ ستكون ولادة طبيعية ، وأن التعرف على الأبوين وتمييز الأجنة سيكون عن طريق فصائل الدم.

ولقد شهدت إيطاليا في السنوات الأخيرة حالات غريبة من هذا القبيل ، منها عملية تلقيح صناعي لجدة تبلغ من العمر ثلاثة وستين عاماً ، وفي حالة أخرى تم نقل جنين من أم متوفاة إلى رحم سيدة أخرى ليتم نموه وولادته بعد وفاة أمه الأصلية ، وسبحان القائل : " أن الله فالق الحب والنوى يخرج الحي من الميت ومخرج الميت من الحي ذلكم الله فأنى تؤفكون ". ولقد أنجبت امرأة في التاسعة والخمسين وأخرى في الثامنة والستين ببويضات متبرع بها !

الإنجاب البشري من حيوانات منوية وبويضات مجمدة:

وقبل بداية عام ٢٠٠١ بعدة أيام نجح طبيب من مركز طومسون في سنغافورة من تمكين زوجين لم يتمكنوا من الإنجاب الطبيعى ، من إنجاب توأم بتقنية الإخصاب المجهرى لبويضات وحيوانات منوية مجمدة أخذت من الزوجين وتمت ولادة التوأم في الثلاثين من ديسمبر عام ٢٠٠٠ ، وهي تجربة تفتح الأمل للرجال ذوي الحيوانات المنوية قليلة العدد بدرجة كبيرة بحيث تحفظ حيواناتهم المنوية مجمدة ثم تستعمل لإخصاب بويضات من زوجاتهم ، والتجربة تمت كذلك من

درجة خصوبة المرأة بحفظ بويضاتها في بنوك البويضات والأجنة لاستخدامها عند اللزوم^(١).

(١) زرع سائل حيوي في خصية فأر وتلقيح بويضة امرأة بهذا السائل :
ويبدو أن إيطاليا تتزعم عجائب الأمور في التكاثر في عالمنا خاصة أن أحد العلماء الإيطاليين وهو "سيفيرينو انتينوري" عودنا علي إجراء التجارب المشيرة والغريبة في مجال التكاثر والإخصاب ودرج علي إجراء واستخدام أساليب جديدة وغريبة ومبتكرة وانتهاج تقنيات جريئة في علاج العقم وانتينوري هذا يعمل أستاذًا بالمعهد الدولي لأبحاث التكاثر والانجاب في روما ومما شجعه علي الجرأة في سلوك طرق غريبة في هذا المجال أنه لا توجد قوانين في إيطاليا تمنع مثل هذه الأبحاث وقد تمكن انتينوري منذ فترة قريبة من مساعدة النساء اللواتي بلغن سن اليأس ليتمكن من الحمل والانجاب ومكن إحدى المسنات والتي تبلغ من العمر ثلاثة وستين عاما من الحمل والانجاب. وفي التجربة الغريبة التي قام بها "انتينوري" في أوائل عام ١٩٩٩ أخذ سائلًا حيويًا من رجل وزرعه في خصية فأر وعندما نشط السائل الحيوي داخل خصية الفأر واكتمل نموه عاد فاستخلص السائل الحيوي البشري المتكون داخل خصية الفأر وأجرى به عملية تلقيح لبويضة امرأة داخل أنبوبة الاختبار (تقنية أطفال الأنابيب) وبعد بلوغ المراحل الأولى لتطور الجنين داخل أنبوبة الاختبار نقل انتينوري المضغة إلى رحم الأم لاكتمال نمو الجنين ومما يؤخذ علي هذه التجربة أنه تم نقل خلايا حية بين الحيوان والإنسان مما يعتبر مخاطرة غير محسوبة لما يمكن أن تسفر عنه من ضرر للإنسان، وبعد هذا تسرعنا من عالم الإخصاب والتكاثر "انتينوري" في التطبيق المباشر علي الإنسان قد لا تحمد عقباء. وتري مجلة لويوان الفرنسية أن هذا النوع من الباحثين يتخطون المراحل التقليدية التي يجب أن تمر بها عملية الانجاب في الإنسان.

زرع مبايض سيدات في فئران التجارب :
وفي أوائل مارس من عام ٢٠٠٠ (مع بدايات القرن الحادي والعشرين) تمكن علماء أمريكيون ويابانيون من زراعة قطع من مبايض ثلاث سيدات أمريكيات في فئران التجارب لتنتج الفئران بويضات بشرية يمكن استخدامها في حل مشكلة السيدات المقيمات وكانت السيدات الثلاث اللاتي أخذت هذه الأجزاء من مبايضهن مصابات بمرض في الرحم ولذلك وافقن علي إجراء التجارب املين في التغلب علي مشكلة العقم لديهن وحصل العلماء مسبقاً علي موافقة لجنة الأخلاق العلمية بجامعة يوتا الأمريكية. وبعد استئصال قطع المبايض من السيدات جزئت إلى قطع صغيرة الحجم ومربعة الشكل لا يزيد ضلع المربع علي ٢ ملليمتر وتم زرع اثنتي عشرة قطعة في كل فأرة واشتملت التجربة علي ٩ فأرات (إناث) خصصت كل ثلاث فأرات لاستقبال قطع مجزأة من مبيض سيدة بواقع ١٢ قطعة لكل فأرة (بمعنى أنه تم زراعة ١٠٨ قطع في فئران التجربة كلها) ولتنشيط نسيج المبيض في الفئران تم حقنها بهرمونات تعمل علي تحفيز نسيج المبيض لانتاج البويضات وقد كتب لهذه التجربة النجاح حيث أنه بعد زراعة القطع المبيضية البشرية في مبايض الفئران بحوالي أسبوعين انتجت هذه القطع بويضات بشرية في الأطوار الأولى للنمو ثم اكتمل نموها وتطورها إلى بويضات ناضجة أو كاملة النمو قابلة للإخصاب.

وهناك خبير إخصاب مصري^(١) يحمل الجنسية البريطانية يجمد بويضات السيدات ثم يخصبها فيما بعد. كانت هيئة الإخصاب البشري البريطانية قد قررت عدم زرع أكثر من ثلاثة أجنة مختلفة في الأنابيب في رحم المريضات بالعقم. ولقد أثار هذا القرار أذهان أطباء النساء والتوليد والعقم في بريطانيا، لأن تنفيذه يقلل فرص نجاح عمليات علاج العقم عن طريق استخدام تقنية أطفال الأنابيب. ولذلك اتخذت بعض صور الاحتجاج علي هذا القرار مستويات وأشكالاً متقدمة من التعبير ومثال ذلك ما قام به سيادته - رسمياً هو أكبر خبير في علاج العقم في بريطانيا - حيث مثل أمام إحدى المحاكم في لندن في السابع والعشرين من إبريل عام ٢٠٠١، ومعه إحدى مريضاته المتضررة من القرار لإجراء مراجعة قضائية للقرار حتى تتمكن السيدة من الإنجاب.

وكان هذا الطبيب قد أعلن قبل ذلك التاريخ بحوالي شهر (في مارس ٢٠٠١) أنه نجح في استخدام بويضات بشرية سبق تجميدها في إحداث حمل، وتم بالفعل ولادة طفل باتباع هذه الطريقة وأفادت أخبار مركز علاج العقم الذي يمتلكه الطرانيسي في لندن أن لديه رصيذاً من بويضات مجمدة في بنك البويضات تخص ما يزيد علي مائة سيدة وتفيد هذه الطريقة في حفظ البويضات في مساعدة السيدات علي تأجيل الحمل حيث تؤخذ بويضاتهن في فترات الخصوبة (قبل توقف التبويض لديهن) ويتم تجميدها لحين الحاجة إليها.

وكان الطبيب ذو الأصل المصري قد لجأ إلى استخدام الكيماوي للسرطان، بحيث تؤخذ البويضات قبل بداية العلاج (حتى لا تتأثر البويضات بالعلاج الكيماوي وتؤدي إلى ولادة أجنة مشوهة). ويتم تأجيل الحمل إلى ما بعد انتهاء العلاج الكيماوي ثم يتم سحب البويضات المجمدة من حساب السيدة في بنك البويضات وإحداث الحمل بتقنية أطفال الأنابيب. وفي ١٣ من مايو ٢٠٠١ أعلن الخبير مصري أن الاستنساخ البشري يمكن أن يحل مشكلة العقم عند الرجال وأن الشواهد العلمية، والمؤشرات تؤكد أن استخدام طريقة الاستنساخ لعلاج العقم أصبح وشيكاً (القنبلة علي وشك الانفجار)، وأن الاستنساخ سوف

(١) خبير العقم المصري د/ محمد الطرانيسي.

يساعد الرجال الذين ليس لديهم حيوانات منوية علي الحصول علي نسخ من ذواتهم بأخذ خلية من مكان ما في أجسامهم ومعالجتها، معملياً ثم يتم بعد ذلك زرعها في بويضة من بويضات الزوجة منزوعة النواة، وبعد شروع الخلية في الانقسام وتكوين الجنين خارج الرحم يزرع في رحم الزوجة للحصول علي الطفل المستنسخ.

ولقد انتشرت قضية استئجار الأرحام بعد أن رفضت "ماري وايتهد" وهي "أم مستعارة" تسليم الطفلة المولودة التي حملتها بالنيابة، إلى الزوجين (المتبرع بالمني والمتبرعة بالبويضة) "إليزابيث ووليام شيرن" اللذين كانا قد تعاقدوا معها بعد رفض السيدة "ماري وايتهد" تسليم الطفلة توجه الوالدان إلى محكمة الأسرة في نيوجرسي (هاري سوروكو)، وهناك حكم القاضي برفض طلب "ماري وايتهد" في استعادة الوصاية المؤقتة على الطفلة، والتي كانت تبلغ من العمر آنذاك خمسة شهور، أما "وليام" والد الطفلة فكان سعيداً إزاء هذا الحكم، ووعد بأن يسمح للسيدة "وايتهد" بزيارة الطفلة مرتين في الأسبوع.

في هذه القضية حكم القاضي بصحة التعاقد، الذي أجراه الزوجان لدى المحامي "نويل كوين" صاحب الوكالة التي أشرفت على توقيع العقد، وقد أعلن كوين أن "ماري وايتهد" لم تكن أول أم بالوكالة في الولايات المتحدة، فقد رفضت قبلها أربع أمهات بالوكالة تسليم أطفالهن، إلا أن "ماري" كانت الأولى التي تصل قضيتها إلى المحكمة، وأضاف أن ٦٥ طفلاً أمريكياً ولدوا ذاك العام وفق عقود تأجير الأرحام، وأن في أمريكا اثني عشر مركزاً لخدمة هذا النوع من الإنجاب.

- ولم تسلم جمهوريتنا من هذه العملية ؛ فقد جاء في جريدة مصرية^(١) امرأة مصرية تعلن عن رحمتها للإيجار ؛ حيث جاء المنطوق كالآتي عبرت امرأة مصرية عن رغبتها في تأجير رحمتها مقابل خمسة عشر ألف جنيه للحمل الواحد ونفقة ثلاثمائة جنيه عن كل شهر حمل، وذلك من خلال موقعها على الانترنت حيث أكدت أنها تتمتع بكامل صحتها وتلاعب في تأجير رحمتها

(١) جريدة أخبار اليوم عدد السبت الموافق ٦ من صفر - ٢٤ من فبراير ٢٠٠٧

بهذا المقابل وحددت صفتها بأنها شابه تبلغ التاسعة والعشرين وتقيم بالقاهرة،
وتعرض رحمها لأية امرأة ترغب في الإنجاب ولا تستطيع الحمل.
واشترطت أن تكون الراغبة في التأجير مصرية أو عربية وليست أجنبية،
الزوجة أكدت أن لها ولدين يتمتعان بصحة جيدة كما أكدت أنها على استعداد
لنشر جميع التفاصيل وتحاليل إشاعات كانت قد أجرتها على الرحم؛ للتأكد من
خلوها من الأمراض، وأنها تتمتع بنسبة خصوبة وتبويض عاليتين جدا بناء على
شهادات الأطباء.

وختاما لهذا أكون قد أوضحت أن ليس كل تقدم يحدث يكون في خدمة
الإنسان؛ فعلى الرغم من أن هناك بعض الإنجازات لها وجهان؛ أحدهما نافع
كتجربة المفاعل النووي مثلا والأخرى ضار قد يكون وسيلة لدمار البشرية.

المطلب الثالث

تزايد ظاهرة تأجير الأرحام

الفرع الأول

الأسباب الدافعة الى تأجير الأرحام

أ- بالنسبة الى مؤجرات الأرحام

لا تتوقف الأسباب التي دفعت هؤلاء النساء الى تأجير أرحامهن كأم
بديلة على الأسباب المادية فقط، فهناك البعض ممن يتمتعن بحالة الحمل نفسها،
وهناك من تظن أن هذا الأمر يعطي معني لحياتهن كأنهن متبرعات بالأعضاء
وهناك من يبحثن عن السعادة في مساعدة الآخرين لكن معظم هؤلاء النساء
تتحركهن الحاجة المادية، ومن الغير الواضح ما إذا كان عدد النساء اللاتي يخترن
العمل كأمهات بديلات سيستمر في التزايد خلال الركود الاقتصادي الحالي
والأزمة الاقتصادية التي بدأت في الولايات المتحدة في ٢٠٠٧ مع تقدم سقوط
الرهونات غير الرئيسية. وحالياً هناك اثنا عشر ولاية في الولايات المتحدة تحظر
استئجار الرحم في حين أن هناك عدداً مساوياً يسمح به، وينطبق ذلك بشدة على
كاليفورنيا حيث استئجار الرحم تجارياً قانوني ومنظم بوضوح.

قد يؤدي نظام استئجار الرحم التجاري في الولايات المتحدة إلى عواقب
غير مقصودة كتزايد أعداد النساء اللاتي يقمن بتأجير أرحامهن في الولايات

المتحدة تتزايد. ولكن حيث أن قوانين استئجار الرحم في الولايات المتحدة تابعة للولاية وليست قومية فليس هناك بيانات شاملة لمعدل نمو الصناعة وتكون البيانات المتاحة عن طريق مصادر خاصة. في ٢٠٠٧ قامت النيوسويك بتقرير عرض فيه أن الخبراء يقدرون أن عدد الولادات الناتجة عن استئجار الرحم في الولايات المتحدة يصل إلى ١٠٠٠. ولكن على الرغم من ذلك، فإن هذه البيانات غير شاملة حيث أنها لا تتضمن البيانات من جميع العيادات أو اتفاقيات استئجار الرحم الخاصة - متضمنة المتعلقة بالأزواج المثليين

تقوم العديد من النساء الأمريكيات اللاتي يشاركن كأمهات بديلات بتحدي الصورة المقبولة في الفيلم (الأم الطفلة) والتي تصف الأم البديلة كأمراة غير متعلمة من الطبقة العاملة. على سبيل المثال العديد منهن يكن زوجات لضباط، وبدأت هؤلاء النساء في أن يكن أمهات بديلات مع بداية حرب العراق في ٢٠٠٣، وبدأ استهدافهن بشدة من قبل وكالات الخصوبة من أجل التوفير المادي الذي يقمن به في الاتفاق، حيث أنهن يتمتعن بتأمين صحي يغطي علاجات الخصوبة. هناك أمثلة فردية أخرى على سبيل المثال وليس الحصر^(١)

و تقول "رادهيكو راو"، في قانون استئجار الرحم في الولايات المتحدة: إن نتيجة هذا الازدواج يعطي منطقاً للطريقة المجزأة التي تتبعها الولايات المتحدة لتنظيم استئجار الرحم تجارياً^(٢). وتقوم راو بتصنيف تنظيم الولايات المتحدة لاستئجار الرحم تجارياً إلى أربعة أنواع: الحظر والجمود وتنظيم الحالة والتنسيق التعاقدية.

الولايات التي ترفض عقود استئجار الرحم تتضمن انديانا وكنتاكي ولوزيانا وميتشجان ونبراسكا ونيويورك وواشنطن. (Drabiak) وتوضح راو أن

(١) مدرسة لغة انجليزية في المرحلة الثانوية والتي عملت كأم بديلة لزوجان ألمانيان - وامراة متزوجة وأم لثلاثة أطفال والتي عملت كأم بديلة من أجل زوجان مثليان من نيو جيرسي.

(٢) Radhika Rao, Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 23 (Rachel Cook et al. eds., 2003).

الولايات التي تستخدم طريقة الحظر تحاول أن تمنع استئجار الرحم بفرض عقوبات مدنية وجزائية على الأشخاص المتورطين في عقد استئجار الرحم. فعلى سبيل المثال تقوم ميتشجان التي تستخدم طريقة المنع بمعاقبة المخالفين بشدة، باتهامهم بجنحة يكون عقابها الغرامات أو السجن.

وتتبع معظم الولايات مثل انديانا وكتاكي ونبراسكا طريقة الجمود حيث تقوم بإلغاء عقود استئجار الرحم على أساس مخالفته للسياسة العامة. وعلى العكس تستخدم الولايات الأخرى طريقة أكثر استباقاً بتطبيق تنظيم الحالة الخاص بهم على عقود استئجار الرحم، من خلال تشريعات تحدد الشروط الإلزامية وتصنع حالة علاقة عائلية مقدرة. تلك الولايات متضمنة أركنساس وتكساس تفرض عقود استئجار الرحم السارية، كما تم تحديدها بتشريعات الولاية المنظمة لتلك العقود في حين تفرض ولاية نيفادا وولاية كاليفورنيا، ولكن بدرجة أقل.

عقود استئجار الرحم على أساس التنسيق التعاقدي. في غياب أي قانون ضد عقود استئجار الرحم تقوم الولايات مثل "نيفادا وكاليفورنيا" بالاعتماد على قانون العقود بشكل مخالف لقانون الأسرة للفصل في مثل هذه الخلافات. وتعتبر حالة القانون المربكة في الولايات المتحدة وأيضاً التكاليف القانونية العالية للتعامل مع عقود استئجار الرحم مساهمات في ازدياد الطلب من أجل سياحة الخصوبة في الهند. وبدلاً من المغالاة في التأكيد على التوفير في التكاليف عند استئجار أمهات بديلات هنديات من المهم فحص قدرة الأزواج الأمريكيين على المساومة في الهند مقابلها في الولايات المتحدة.

من المهم أيضاً فحص السياسات التي تطبقها محاكم الولايات المتحدة في خلافات استئجار الرحم والتي تكون عادة أكثر حزمًا منها في الهند. من المهم فهم كيفية عمل السياسات والأوضاع القانونية المتفاوتة في قوانين استئجار الرحم في الولايات المتحدة، ومن الضروري أيضاً النظر إلى مثال حقيقي عن كيفية تطبيق القوانين بواسطة الوكالات التي تتعامل مع استئجار الرحم كعمل جالب للربح فقط.

يكون التفادي ممكناً نتيجة لنقص المعايير الفيدرالية والموافقة القومية على التضمينات الاجتماعية والأخلاقية والسياسية لتقنين استئجار الرحم تجارياً. ويعتبر ذلك مسألة جدلية في ضوء الخلافات الطويلة القائمة على أبحاث الخلايا الجذعية وزواج الشواذ، والإجهاض في الولايات المتحدة. وهذا ما سنوضحه إن شاء الله تعالى - في الصفحات القليلة القادمة، كيف تقوم وكالات استئجار الرحم بالاستغلال والربح من استئجار الرحم تجارياً بقليل من الإشراف نتيجة لعدم وجود إرشادات فيدرالية وعجز الولاية عن مواجهة المنافذ التي صنعتها التعاقدات ما بين الولايات.

تقوم "كاثرين درايباك" على استكشاف إمكانيات استغلال الأخلاق والقانون، وفي استئجار الرحم التجاري التي صنعتها الولاية الضعيفة على تنظيم استئجار الرحم تجارياً وخصوصاً وكالات استئجار الرحم التي تستغل قوانين الولايات المتضاربة لمصلحتهم الخاصة، أو تتجنب القوانين المقيدة الموضوع لتقييد ممارسة استئجار الرحم تجارياً. وتوضح درايباك كيف تقوم هذه الوكالات بتجاهل الحاجة لموازنة المصالح المادية في ترتيبات استئجار الرحم مع المخاوف الأخلاقية الناتجة عن العبء العاطفي للأطراف المتضمنة في التعامل. فالزوجان العقيمانيان يحملان عبء كونهما حاولا وفشلا في تكوين عائلة بصورة طبيعية. وهناك أيضاً العبء العاطفي الذي تحمله الأم البديلة التي توافق طوعاً على أن تلد طفلاً ثم تسلمه للأبوين المتعاقدين على الرغم من الروابط العاطفية والمخاطر الصحية المحتملة التي قد تحدث خلال الحمل. يجب على الحكومة الفيدرالية أن تتوجه بشكل شامل إلى هذه العوامل وأيضاً المخاوف الأمنية والأخلاقية من أجل الطفل. بالإضافة لذلك يجب تضمن الحكومة الفيدرالية أن هذه الترتيبات لم يتم فيها أي إكراه وأن كل الأطراف تتفاوض بشكل متساوي.

لا شك من أن القيم الاجتماعية هي المحور الأساسي الذي يحدد العلاقة بين الأفراد وتحتّم عليهم نظاماً متكاملاً ومتربطاً، لكي يعملوا جميعاً على تقليل الأعباء المفروضة عليهم وإيجاد الحلول للظروف المواتية للجميع في الحياة قدر الأمكان، دون اللجوء للمحظور والمحرم، ولكن انقلب هذا العصر رأساً على عقب حينما سخرت النساء أجسادهن بحجة مساعدة الغير، ومن ثم رجع المال على

النفس والنسل والدين وأصبحنا أمام معيار جديد وهى المادة، فالقيم الأخلاقية أصبحت ليست من متطلبات العصر الحاضر، وإنما المال أصبح هو الشريان الرئيسى الذى يتحكم فى كل متطلبات الحياة. ورغم أن الأمومة من أكثر الغرائز رقباً إلا أنها تحولت فى بعض الأحيان إلى سلعة رخيصة تداولها معدومو الضمير للمتاجرة والربح ؛ لتظهر تجارة من نوع جديد "تأجير الأرحام" والتي أصبحت من إحدى مظاهر تداعيات الفقر فى بعض الدول النامية، وكذلك على الوجه الآخر للدول التى تعاني من قلة عدد السكان وتود الزيادة فى تعددها كإسرائيل، فهى تشكل نظاماً قانونياً لتشجيع الأفراد على إجراء مثل هذه العمليات^(١)، وهذا ما سيأتى أيضاً فيما بعد بالتفصيل إن شاء الله تعالى.

مما لا شك فيه أن انعكاس هذه القضية يؤثر سلباً على قيمة مساعدة الآخرين المرتبطة بمفهوم التضامن الاجتماعى ؛ فالكثير من موجرات الأرحام يرفضن إجراء هذه العمليات دون مقابل، بالرغم من أن الإنجاب أساس بنيانه يقوم على غريزة وعاطفة الأمومة.

وعلى سبيل المثال نذكر دولة كالهنـد، ويرجع سر إقبال البعض على تأجير الأرحام فيها، أن المركز يقدم خدمة شاملة يجمع فيها بين "الرحم المؤجر" والزوجين اللذين تقتصر مهامهما على تقديم النطف المنوية، ويتم توقيع إتفاق بين الوالدين والأم صاحبة الرحم المستأجر، يلتزم فيه الطرف الأول بالتكفل بكافة الأتعاب الطبية بجانب دفع مبلغ محدد كأتعاب، على أن يسلم الطرف الثانى المولود بمجرد ولادته.

(١) ويقدر عدد السيدات اللاتي يؤجرن أرحامهن إلى أكثر من ٦٠٠ سيدة سنوياً، ومعظم هذه العمليات تتم لأسر من الولايات المتحدة وأوروبا وسنغافورة حيث تصل تكلفة هذه العملية هناك ٥٠ ألف دولار بينما لا تتعدى ١٠ آلاف دولار فى الهند، فى حين تحظر الصين وفرنسا وألمانيا واليابان الاستعانة بالرحم البديل. - ولكن هذه التجارة تتزايد وبسرعة كبيرة فى الهند حيث أثار مشروع مدينة "أناند" الهندية الذى يتم من خلاله تأجير أرحام النساء لاستضافة أجنة لأزواج عاجزين عن الإنجاب، وتعمل عيادة صغيرة فى مستشفى "كيفال" فى المدينة على الجمع بين الأزواج العقيمين ونساء من المدينة لحمل مواليدهم، وفى المقابل يتم توفير الإقامة للأمهات البديلات خلال فترة الحمل وحتى الولادة، كما تقدم لهن الاستشارات النفسية بعد عملية الوضع.

ومع ازدهار وتقدم هذه الصناعة في الهند تم تأجير الأرحام لقريبة ٤٠ طفل لأزواج من كافة أنحاء العالم، فيما نتج أكثر من ٥٠ امرأة حاملاً بأطفال لأزواج من الولايات المتحدة، وتايوان وبريطانيا، كما ذكرت جريدة "الوطن"^(١).

(١) تأتي دولة كبيرة مثل الهند في مقدمة الدول التي تعترف بفكرة تأجير الأرحام، ولذا تنتشر بها وظيفة جديدة تحت اسم "الأم البديلة"، وتعد هذه الوظيفة هي الأحدث ضمن قائمة طويلة من الوظائف التي تسند لعمال في الهند لحفض التكلفة، حيث تقدم خدمة تأجير الأرحام بأسعار أرخص كثيراً عنها في الغرب. وتدافع الدكتورة ناينا باتيل، القائمة على المشروع بحجة أنه ذو مغزى لكافة الأطراف المعنية ويخضع لمعايير صارمة قائلة: "إذا سعت امرأة لمساعدة أخرى فلماذا لا نتيح ذلك؟"، ويشار إلى أن ما تلقاه الأمهات البديلات نظير تأجير أرحامهن قد يوازي دخولهن على مدى ١٥ عاماً. ها هي "ريتو سودهي" أحد المتفعات من صفقات التأجير سابقاً تعود من جديد من الولايات المتحدة من أجل طفل ثان، مشيرة إلى أنها أنفقت ٢٠٠ ألف دولار على عمليات تخصيب صناعية فاشلة في الولايات المتحدة وأعربت عن استعدادها لانفاق ٨٠ ألف دولار أخرى لإيجاد أم بديلة قائلة: "نحن يائسون.. فتلك العملية مكلفة مالياً ومعنواً".

تورط المغريبات كشفت تقارير إعلامية مغربية وأخرى بامارة لوكسمبورج عن انتشار ظاهرة "تأجير الأرحام"، ومتورط فيها مغريبات ومستولون كبار في هذه الإمارة الأوروبية الغنية التي يتجاوز الدخل الفردي بها ٦٦ ألف دولار أمريكي حسب إحصائيات عام ٢٠٠٥ لتكون بذلك الأولى بالعالم، كما ذكرت جريدة "الراية". وتتم هذه التجارة عن طريق التخصيب الاصطناعي بحيوانات منوية في أرحام مغريبات أو مهاجرات من بلدان أوروبا الشرقية يتم إغراؤهن بالمال مقابل حمل يتم عبر إخصاب البويضة حتى نهاية فترة الحمل ووضعهن للمولود وتسلم المبلغ المادي المتفق عليه وهو ١٨ ألف دولار قبل مغادرة هذه الإمارة التي تقع عند الحدود الألمانية الفرنسية البلجيكية المشتركة.

وقد أصبحت عملية استئجار الرحم قانونية في الهند منذ عام ٢٠٠٢، وحسب القواعد التي أصدرها المجلس الهندي للأبحاث الطبية، فإن الأم البديلة توقع على تنازلها عن حقوقها في أي طفل، ولا يذكر حتى اسم الأم البديلة في شهادة الميلاد. وتعد الهند من الدول البارزة في مجال استئجار الأرحام. وأصبحت الأمهات البديلات في الهند مشهورات بصورة كبيرة بالنسبة للأزواج الذين يعانون من العقم في الدول الصناعية بسبب التكلفة المنخفضة نسبياً.

- وقد احتدم التنافس بين العيادات الطبية في الهند، في عروض الأسعار وعملية استئجار النسوة اللاتي يرغبن في القيام بدور الأم البديلة. ويتكلف المريض ما بين ١٠,٠٠٠ دولار و٢٠,٠٠٠ دولار للعملية برمتها، بما فيها عملية التخصيب، وما تحصل عليه الأم البديلة ووضع الطفل في المستشفى.

وقد أوضحت عملية استئجار الأرحام في الهند أكثر سهولة بدرجة كبيرة ومنخفضة التكاليف مقارنة بأي مكان آخر في العالم ، وثمة تزايد مطرد في أعداد الأباء الذي يقصدون الهند لاستئجار الأرحام.

وفي الواقع ، لقد أصبحت مدينة اناند في غوغارات غرب الهند ، بؤرة مهمة لعمليات استئجار الأرحام في الهند ، ويعود الفضل في ذلك إلى أكانكشا باتل ، المتخصصة في عملية الإخصاب خارج الجسم ، حيث ساعدت على انجاب ٤٥ طفلا باستخدام أم بديلة في عيادتها منذ عام ٢٠٠٣ ، وهو العام الذي انجب فيه أول مولود عن طريق استئجار رحم.

ولدى المدينة العدد الأكبر على مستوى العالم من العمليات الناجحة للانجاب باستخدام أم بديلة. وفي الوقت الحالي تحمل ٤٢ أما بديلة أجنة لأزواج يعانون من العقم ، من بينهم اميركيون وألمان وتايوانيون وكوريون وإسرائيليون ، بالإضافة إلى أزواج هنود يعيشون في أماكن أخرى في الهند.

وتتبع عيادة أكانكشا باتل ، التي أسست عام ١٩٩٩ ، نظاما بسيطا ، حيث يسجل الأزواج الذين يريدون الحصول على طفل أسماءهم ، وكذا تقوم النسوة اللاتي يرغبن في لعب دور الأم البديلة.

وبمجرد أن يختار الزوجان مرشحا ، يقومان بتوقيع عقد قانوني ، وتغطي فيها أكانكشا تفاصيل عملية الدفع. ويجري الحصول على بويضات وسائل منوي من الزوجين ، وتخصيها في معمل العيادة ، وبعد ذلك يتم وضعها في رحم الأم البديلة. ويتبين بعد مرور ١٥ يوما ما إذا كانت الأم = البديلة سوف تحمل أم لا. وإذا لم تنجح ، علما بأن نسبة النجاح في هذه العمليات تبلغ ٥٠ في المائة ، تحصل المرأة المرشحة على مبلغ من الزوجين طبقا لبنود العقد.

وبمجرد الحمل ، تحصل على ٢٥٠,٠٠٠ روبية ، بالإضافة على مبلغ شهري يبلغ ٣,٠٠٠ روبية ينفقه الزوجان على عملية الحمل للحفاظ على صحة الطفل.

ويريد إيكوفومي يامادا ، الطبيب من طوكيو أن يتبنى مانجي ، ولكن القوانين الهندية لا تسمح بتبني أب أعزب لابنة ، لتصبح الطفلة مهملة. لكن بعد أشهر من الإهمال القانوني ، منحت المحكمة العليا الهندية حضانة الطفلة إلى جدتها لأنها ولدت في الهند. ويشعر طبيب الطفلة سانجاي أريا بالذهول من القضية ، حيث يقول : «عندما تحمل الطفلة ٥٠ في المائة من مادة والدها الوراثية ، ما هي أهمية أن يكون عليه تبنيها؟ أنه والدها الطبيعي.

ومن الضروري مناقشة قوانين جديدة من أجل «حماية حقوق الأطفال والحقوق العاطفية للأمهات». ومن بين القضايا التي يجب مناقشتها ما إذا كان من الواجب السماح للمثليين والأمهات الوحيدات بالاستعانة بدائل وما إذا كان من الواجب فرض حد أقصى لسن العملاء ومن يحملون أبناءهم.

ومن بين المناطق الرمادية أيضا جنسيات وآباء الأطفال الذين يولدون باستخدام بويضات وحيوانات منوية من أزواج غربيين ، ولكن تحملهم سيدات هنديات.

ولكن لا تفعل جميع الأمهات البديلات هذا الأمر بسهولة. وعلى سبيل المثال ، أجبر الخوف من مقاطعة المجتمع ، عمرانة سليمان (ليس اسمها الحقيقي زوجة سائق توك توك ، إلى التكتم الشديد على حملها بالانابة.

(١) ومؤخراً تبين أن الأمريكيات اندفعن في الفترة الأخيرة لتأجير أرحامهن ومنح بويضاتهن إلى مراكز التخصيب الأصبطناعي المنتشرة في البلاد، بمعدلات لم يشهد لها تاريخ هذه المراكز في السابق، حيث ازدادت الأرقام بنسبة ثلاثون في المائة عن العام الماضي. ويرجع السبب في ذلك إلى المصاعب المادية التي تواجه العائلات الأمريكية حالياً، والتي تدفع النساء إلى السعي لكسب المال بسبب الأزمة الاقتصادية في الولايات المتحدة^(٢).

أما في لبنان يرجح الأطباء لجوء السيدات لمثل هذه العمليات، بسبب تعرض المرأة إلى إجهاضات متكررة، أو أنه بسبب التشوهات الخلقية في الرحم، فيكون الحل في نهاية المطاف انتقاء بويضات منها وحيوانات منوية من زوجها، توضع في المختبر لمدة يومين لتشكّل نواة الجنين، بعد ذلك توضع في رحم الأم البديلة أو المؤجرة، وتكلف نفقات المختبر ما يراوح بين ألفين وخمسة آلاف

وهي حامل في جنين لزوجين مسلمين من عمان. ويعتقد أطفالها الأربع أنها ذهبت إلى دبي من أجل العمل كمرية في عقد يستمر لمدة عام. ولكن في الحقيقة، هي تعيش في شقة في أحمد اباد بمساعدة طبية ومعها سبع سيدات أخريات يحتفظن بأمر حملهن بالإنابة سرا.

وتقول عمرانة: «سأحصل على ٢٥٠,٠٠٠ روبية، أولاً سأخلص بها من دين يبلغ ١٠٠,٠٠٠ روبية اقترضه زوجي، وسأشتري أيضاً توك توك جديداً من أجله. وتحمل بوشابا بانديا (٢٧ عاماً)، والتي أنجبت طفلاً لصالح زوجين من لندن في العام الماضي، في الوقت الحالي جنينا لزوجين آخرين من الولايات المتحدة. لقد حصلت على ٢٠٠,٠٠٠ روبية في الولادة الأولى، مما ساعدها وزوجها جاديش، الذي يعمل في توصيل الطلبات في شركة أعمال معاونة، على بناء منزل صغير لهم. وتقول بوشابا أنها ستستخدم عائدات الولادة الثانية من أجل تعليم ابنتها التي تريد أن تصبح طبيبة. وهي تحظى بدعم من زوجها. وتقول: «لقد ملكتنا من الفقر، وهذه أفضل طريقة لعيش حياة كريمة».

(١) وعلى سبيل المثال "كيك كوتن" وهي أول أم بديلة في انكلترا، حين سئلت هل شعرت بأي تائب ضمير حين وافقت على أخذ النقود من أجل تأجير رحمها، أجابت بالنفي وصرحت أنها ما كانت لتفعل ذلك دون مقابل، وأضاف زوجها أنه لن يكون سعيداً إذا قامت زوجته بتأجير رحمها دون مقابل. هذا الأمر يربي على الاستغلال وعلى الحياة المادية البحتة، فكلا الزوجين يرفضان مساعدة الآخرين من حيث المبدأ، ويستمسك كل من الزوجين بالماديات.

(٢) - د. عمر سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية بحث مقدم الى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية ص ١٥٩ - بالكويت سنة ١٩٩٨ م.

دولار أمريكي، هذا عدا أجر الأم البديلة الذي يبلغ أحياناً ٣٥ ألف دولار، خصوصاً إذا كان الثنائي ميسوراً، وبالطبع تأجير الرحم يجري عادة في الخفاء. وانطلاقاً مما سبق تبين أن من ضمن الأسباب التي اعتمدت عليها مؤجرات الأرحام كمبرر لممارسة مثل هذه العمليات ما أقرته الحقائق الطبية، وفقاً لما قاله أهل الطب أنفسهم، حين أكدوا أن التشكيل الوراثي للجنين الجديد سيكون بالقطع للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، وأن البويضة الملقحة بالحيوان المنوي للزوج لا يمكن بأي حال من الأحوال إعادة تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي آخر غير الذي لقحت به بالفعل. بالإضافة إلى أن الرحم لا ينقل أية صفة وراثية، ولا يسهم بأي تكوين جنيني ولا يعمل إلا كحضانة للطفل تحميه وتمده بما يلزم نموه وإنعدام أي احتمال لاختلاط الإنسان^(١).

ولا يخفى علينا أن من الدوافع التي أدت إلى ظهور مثل هذه العملية الدافع الاقتصادي، في البداية كان هذا الدافع من خلال المؤسسات وأصبح بعد ذلك يمارس على مستوى الأفراد، ولا شك من أن هذا الحدث ابتدع بشكل علمي جديد في تقنياته، وهو أمر لم يبن على فراغ وإنما على فكر علمي بيولوجي، وقام على إختيارات وتجارب، وانبعث من فكر اقتصادي مادي له أبعاده ومدلولاته ولو لم يكن ظاهراً وإنما هناك وقائع تؤكد ذلك وهذا الأسلوب له دوافعه أيضاً من ناحية التجارب البيولوجية المندمجة بالتطور التكنولوجي، وهذا محور بحثنا وسنعبّر عنه بالدوافع والبواعث التي أدت إلى نشوء ظاهرة إجارة الأرحام أو التقنيات المساعدة للحمل، وهذه الدوافع يمكن أن يطلق عليها

(١) إيران.. من تخصيب البورانيوم إلى تخصيب الأرحام
لم يكن من المتوقع أن يتقدم اسم إيران في عمليات تأجير الأرحام، حيث أكدت تقارير صحفية عديدة قادمة من طهران أن العشرات من الأزواج الذين يعانون من مشكلة الإنجاب يقدمون على مراكز التخصيب في إيران يومياً، وهم يحدوهم الأمل في إنهاء المعاناة التي يواجهونها منذ أعوام طويلة والوصول إلى الأبوة والأمومة من خلال تأجير أرحام لأجنتهم، فقد تزايدت الآمال لدى الأزواج الذين يعانون من مشاكل الإنجاب خلال الأعوام الأخيرة في إيران بعد اهتمام مراكز التخصيب في حل مشاكلهم من خلال أسلوب الأرحام المستأجرة.

البواعث المباشرة، وكذلك فإن إجارة الأرحام له دوافعه المباشرة وهي التي أدت إلى ولادة هذا الفعل وهذا الدافع هو بعض أنواع العقم وسابح في تعريفه وأقسامه وأسبابه.

ويذكر أن مجلس بيع الحليب في بريطانيا احتفل قبل نحو عشرين سنة بإستكمال تلقيح عشرة ملايين بقرة، وأن تكاثر الماشية إنما يتم في الغالب وعلى نطاق عالمي بواسطة التلقيح الصناعي^(١).

ولما تبين لهم أن هذا الأبتكار يعود عليهم بالكسب والربح، قامت الدولة بتشجيع هذه الأبحاث بميزانية مادية عالية، وبدعم مطلق خاصة في بريطانيا وأمدوا هذه التجارب بأموال باهظة.

ولما كان هذا العلم قد حقق بداية طيبة في عالم الاقتصاد والانتاج عملوا على زيادة في النسل لأنواع من الحيوانات التي تجود باللحم والزبد والصوف والبيض وما شابه ذلك، وللعلم في ذلك وسائل كثيرة، منها أنه يبرز تشجيع انتقاء الصنف الجيد والعمل على تكاثره بوسائل الإخصاب والحمل غير التقليدي، فهناك مثلاً أصناف ممتازة من الخيل والمواشي التي يصل ثمن الحيوان الواحد منها إلى عشرات الألوف من الدولارات، فالبقرة مثلاً لا تفرز عادة إلا بيضة واحدة، كما أنها لا تستطيع أن تنجب خلال حياتها الخصبية أكثر من ١٢ عجلًا، ولا تختلف في ذلك البقرة الممتازة عن البقرة العادية.. فقاموا بتكاثر الأصناف الممتازة ولكن كيف يستطيعون الوصول إلى ذلك؟

في الواقع أن البقرة الواحدة تحمل في مبيضها آلاف البيضات، لكنها لا تفرز إلا بيضة واحدة في كل مرة تشوق فيها إلى الإخصاب، فاستخدموا هرمونات من خيل حامل ومن نساء حوامل حثوا بها البقرة على إفراز أكثر من مائة بيضة دفعة واحدة، وبعد ذلك يتم إخصاب البيضات بحيوانات مثوية مستخلصة من ثيران منتقاء أو ممتازة الصفات مما يؤدي إلى تكوين عشرات الأجنة، لكن الرحم لا يستطيع أن يستوعب إلا جنيناً، من أجل ذلك قاموا بزرع الأجنة في رحم بقر

(١) مجلة العربي - يوسف زعبلاوي - ع ٢٤٢ - يناير ١٩٧٩ م ص ٥٥

رخيصة الثمن^(١)، فتطورت هذه التجارب والإختبارات على كثير من الحيوانات منها الضفادع والعجول مما زاد في إنتاج الأصناف الممتازة والنادرة.

ومن هنا نلاحظ سبب انتشار بنوك تخزين فيها الأجنة المجمدة، وبناء مراكز لإجارة الأرحام حيث يتم فيها عمليات التصديق على عقود الأرحام المؤجرة، وذلك بانتقال التجارب إلى الإنسان بهدف الوصول إلى إنسان ممتاز يتحلى بصفات نادرة وصفات وراثية خاصة.

ويكثر انتشار هذه الأماكن في الغرب وخاصة في الولايات المتحدة الأمريكية، وبعد مضي نجاح هذه العقود تطورت هذه الحالة إلى انتشار أمكنة مخصصة بالأرحام المستعارة، وذلك باستخدام الأمهات البديلات وتفعيلهن وإغرائهن بالأموال مقابل موافقتهم على تنفيذ العقد، أما القائمون على هذا العمل هم الإستغلاليون والسماسرة والماديون، ومن هذه المراكز (وكالة الأسر الموحدة) التي تعتبر أول وكالة أوربية لتأجير الأرحام في ألمانيا الاتحادية^(٢).

وهناك طريقة غريبة تمارس في الخفاء، وهي أن هناك مجموعة من البنوك والمستشفيات تقوم بإحهاض الأمهات قبل الشهر السادس، وتبيع الأجنة لمصنع أدوات الزينة والتجميل، فتقوم مصانع مستحضرات التجميل بتحليلها كيميائياً والإستفادة منها في منتجاتها، حيث إزداد طلب مصانع مستحضرات التجميل على الأجنة بصورة خطيرة، جندت هذه المصانع عدداً من الأطباء والمرضات للضغط على الحوامل مادياً ومعنوياً لإجهاضهن، حتى بلغ سعر الجنين في اليابان ٢٥ دولاراً وأعتقد أن هذا الثمن قد إزداد في وقتنا الحاضر.

وتقوية الإقتصاد يتطلب خبراء متخصصين في هذا المجال، واتصالهم مع العلماء والباحثين غير ظاهر، ولكن دعم الدولة لهذه التجارب يضعنا في نطاق التساؤل، والسبب ومهما يكن فإن هذا الدافع يعتبر غير مباشر لإبداع مثل تلك

(١) مقال الارانب حملت الأبقار - مجلة العربي - د/ عبد المحسن صالح - ع ٢٤٢ يناير ١٩٧٩م ص ٥٨.

(٢) مقال بنوك الحرام تطور نشاطها - المسلمون - السنة الثالثة - الجمعة ١ من ربيع الأول - ١٤٠٨ هجرية.

الأساليب، ونحن نرى أن اتخاذ الدولة هذا الموقف يعتبر بمثابة موافقة ضمنية على تلك العمليات.

لا شك من أن عدم وجود رقابة دولية وليست محلية تحصر التقدمات التكنولوجية بشكل واضح ولكن أخطر أشكال تبعية البلاد اقتصادياً هي تبعيتها التكنولوجية وتعبير التكنولوجيا غير محدد وأن كان النظر إليه يمكننا على أنه يعني مجموعة من الأساليب الفنية والمعارف التطبيقية المستخدمة في مختلف المجالات الاقتصادية^(١)، فلولا اكتشاف السائل الذي يحفظ البيض الملقحة من الموت والتلف ويبقيها زمن طويل خارج الرحم دون أن يصيبها أي ضرر، وكذلك استخدام الأدوات الطبية واستعمال أجهزة الحاسوب الحديثة وآلات الاختبار المتطورة لما نجحت العملية وتطورت.

والتكنولوجيا تتضمن جانبين: أحدهما مادي حيث تتجسد في معدات وتجهيزات، وجانب غير مادي يشمل المعرفة المحيطة بابتكار التكنولوجيا المجسدة واستخدامها على الوجه الأكمل، وهذه المعرفة تعني هنا، كيف استطاع البريطانيان "د. ادواردز وستبتو" إجراء العملية وتطبيق خطواتها ونجاحها؟ ومن الأمثلة على استخدام التكنولوجيا كمدافع غير المباشر لابتعاث مثل هذه الابتكارات عند البحث في مجال الانترنت، قرأت أن وسائل الإعلام اليابانية ذكرت أن خبير الخصوبة الإيطالي المثير للجدل سيفرينو انتيتوري أثبت نجاحه في استخدام تكنولوجيا البشر في إحداث الحمل^(٢)، كما أعلنت شركة تكنولوجيا الخلية المتقدمة الأمريكية في ورسيستر بولاية ماساتشوستس أنها نجحت في استنساخ جنين بشري بهدف تفتيته بعد الحصول على الجلايا الجذعية^(٣).

ومن هنا نجد أن دوافع إجارة الأرحام غير المباشرة من دعم الاقتصاد وزيادة الإنتاج وتطوير بحوث العلوم البيولوجية هي إحدى الإنجازات الطبية

(١) مذكرات في التنمية الاقتصادية - د/ صبحي نادر قرصة - ١٩٩٣ م - الدار الجامعية - ص ٤٢.

(٢) مقال طبيب إيطالي يزعم نجاحه في استنساخ البشر - ٦ - ٤ - ٢٠٠٢ م - www.aljazeera.net

(٣) مقال ؛ بدا محادثات مسودة اتفاقية دولية لحظر الاستنساخ - وكالات - رويترز - ٦ - ٤ - ٢٠٠٢ م - www.aljazeera.net

الاختيارية النوعية التي نقلت العالم إلى دائرة الشروع في البحث والتقصي والأبداع وخلقت روح الخلاف والنقاش بين العلماء والفقهاء في حكمه وآثاره وجعلت القانون يجلس على كرسي القضاة ؛ ليحكم في مشاكله الجزائية والاجتماعية والأخلاقية.

ب - العقم عند الأزواج

من ضمن الأسباب المباشرة لظهور عمليات تأجير الأرحام مسألة العقم عند الأزواج

قالعقم في اللفة : بالفتح والضم : هزمه^(١) تقع في الرحم فلا تقبل الولد ، والعقم المرأة التي لا تلد والرجل عقيم ومعقوم^(٢) . وأصل العقم القطع وليس المانع من قبول الأثر يقال عقلت مفاصله ، وداء عقام لا يقبل البرء^(٣) .
"عدم القدرة على الإنجاب" طبياً : هو النشاف الذي يرفض الاستقبال أو الأمتصاص^(٤) هو فشل الحمل بعد مضي سنة كاملة على المعاشرة الزوجية^(٥) .
وقد عنى الغرب من زيادة في نسبة الأزواج المصابين بالعقم ، أن العقم مشكلة وقف عندها الطب واعتبره مرضاً كسائر الأمراض يجب معالجته ، والشرع أباح التداوي من الأمراض ، والمشكلة وقعت في دول الغرب حيث زاد عدد النساء العاقرات في أوربا والولايات المتحدة والبلاد المتقدمة في زيادة مطردة^(٦) .

(١) الهزم : غمز الشيء باليد فينغمز فينهمز في جوفه - ابن منظور - لسان العرب - ج ١٢ - ص ٦٠٨ .

(٢) المبارك ابن محمد الجزري المعروف ابن الاثير - النهاية في غريب الحديث - والاثار - دار الباز للنشر والتوزيع - ج ٣ - ص ٢٨٢ .

(٣) الراغب للأصفهاني - المفردات - ص ٣٤٢ العقم : هو المرض الدائم الذي لم يتوصل العلم إلى علاج له حتى الآن ، ومثاله الأمراض الخلقية والوراثية الشديدة التي تصيب الجه التناسلي وعلى وجه الخصوص الغدة التناسلية . عدم الإخصاب : ويعني بعدم الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع الحمل .

عدم الإخصاب : ويعني بعدم الإنجاب لمدة سنة كاملة رغم وجود علاقة زوجية سليمة وبدون استخدام أي مانع من موانع الحمل .

(٤) Islam and family planning /ahmed Elshrabasy ph.d/al-Ahar univirsty /alahram printing hose, pp 612- 96.

(٥) العقم عند النساء والرجال - اسبيروا فاخوري - دار العلم للملايين - بيروت - ١٩٧٩ م - ط ١ ص ٧ .

(٦) (١٨/٣/١٩٨٥ م) مجلة النيوزويك الأمريكية .

هذا وقد جاء فى مجلة النيوزويك الأمريكية أن واحداً من كل سبعة يعانون من العقم وهم فى سن الإنجاب. ويقول كتاب الزوجين العقيمين : إصدار شركة سيبا أن ١٠٪ من الأزواج فى سن الإنجاب يعانون من العقم فى الولايات المتحدة (مجلد ٢٨ / رقم ١٩٧٦/٥ م)^(١) وفى الولايات المتحدة كما أن هناك أكثر من نصف مليون امرأة عاقر (فى سن الحمل بسبب إنسداد أو غياب القناة) (قناة فالوب)^(٢).

وقد أشار الأطباء إلى أنه مرض يصيب الرجال كما يصيب النساء ، وأنه لا يعنى الضعف الجنسي ؛ فقد يكون المرء عقيماً ومتمتعاً بقواه الجنسية، وعلى العكس قد يكون منجباً للأطفال ولكنه ضعيف جنسياً لأسباب نفسية ، ودوافع عاطفية يمكن معالجتها.

ويعتبر حد إطلاق العقم على الزواج بعد مضي ثلاث سنوات دون حدوث حمل بالرغم من توافر أسبابه ثم قدرت بسنتين ثم انتهى بتقديرها بسنة واحدة وهو اقتراح الجمعية الأمريكية لدراسة العقم.

إلا أنه وجد اللغة الانكليزية مصطلح العقم Sterility ومصطلح عدم الإخصاب Infertility مما حمل بعض الباحثين من الأطباء على التفريق بينهما^(٣).

ج - الأسباب التى أدت إلى إمكانية تقبل ظاهرة تأجير الأرحام فى العرف الاجتماعى لدى الفقه المقارن: ..

يرجع السبب فى تقبل العرف لفكرة تأجير الأرحام عند الفقه المقارن إلى أن هناك قبول لدى بعض الدول لعملية التأجير وذلك يرجع إلى تقارب أنظمة الزواج عندهم والانجاب لهذه العملية.

(١) بحث التلقيح الصناعى وأطفال الأنابيب - د/ محمد على البار - مجلة المجمع الفقه الإسلامى - ٢٥ - ٢٤ - ١٤٠٧ هجرى - ص ٢٧٦.

(٢) ندوة الإنجاب / الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة - الإنجاب فى ضوء الإسلام - إشراف وتقديم د/ عبد الرحمن العوضى - ثبت كامل لأعمال ندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام المنعقدة بتاريخ ١١ - شعبان ١٤٠٣ هجرى - الموافق ٢٤ مايو ١٩٨٣ م - ط ٢ - ١٩٩١ م - المنظمة الإسلامية للعلم الطبية - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامى - ص ٤١٩.

(٣) مقال (التلقيح الصناعى من ثمار مسيرة الطب -) د/ محمد على البار - مجلة القافلة السعودية - العدد التاسع - اطار - ثيثان - ١٩٩١ م - ص ١٩ - ٢٠.

فقدما وكما سبق أن ذكرنا ظهرت الشيوعية الجنسية التي مرت بها بعض الأمم على مر العصور في تاريخ الإنسانية. وفقدت فيها الرجال النخوة وانعدمت جميع صفات الفضائل. فجمعت المرأة في وقت واحد بين رجال متعددين. وها نحن الآن في عصرنا الحديث أمام قضية تبادل الأزواج والحمد لله - أنها قضية وإنتهت قبل أن تصبح ظاهرة ، وهى تشبه جماع المرأة لأكثر من رجل ولا يهم ما يترتب عليه هذا الجماع.

وكذلك هناك أوجه شبه بين قضية تأجير الأرحام، كصورة من صور النوازل والوقائع والمستجدات الحديثة وما يترتب عليها من آثار، وبين طريقة الصوفة قديما والتي كانت طريق مصطنعة من طرق الإنجاب وغيرها من الطرق التي حرمها الإسلام.

وليس كل ما هو جديد ومستحدث خادم للبشرية ؛ فمثلا فى قضية تأجير الأرحام نرى من جانبنا أنها اهدار لحق المرأة فى وضع عضو من جسمها تحت منفعة الغير وهذا شبيه بوضع المرأة قديما فى الأزمنة الماضية حتى تحت عنها إنسانيتها فأصبحت كالحيوان تباع وتشترى، وكانت كالعبيد تقوم بزرع الأرض ورعي الماشية.

فلما جاء الإسلام رفع شأن المرأة وأعلى مكانتها. فقد جاء في القرآن الكريم :

يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ^(١).

وفى هذا الشأن اتفقت جميع الأديان علي أن النكاح مشروع للتناسل وبقاء النوع وهذا أمر فطري غريزي فإذا كانت الحيوانات تنجب من خلال التلقيح بدافع الشهوة البهيمية فيها لحرصها علي التناسل والمحافظة علي ناتها والاعتناء به، فالإنسان أولى بما أوتى من العقل أن يعمل بمقتضى فطرته علي أن يحافظ علي الإنجاب بالطريقة الفطرية التي رسمها الله له وأمره بها، وليس هذا

(١) النساء الآية ١.

فقط بل يجب عليه أن يؤمن بقضاء الله عند عدم إمكانية الإنجاب بعد استنفاد الوسائل المساعدة التي لا ريب ولا شك فيها، فمنذ وجد النوع البشري على الأرض وجد الزواج والاجتماع بين الرجل والمرأة، ومن ثم اقتصر الحمل على الزوجة فقط بما لها من خصوصية على تلك النطف المشتركة فيها مع زوجها.

الفرع الثاني

انعكاسات مشكلة تأجير الأرحام

لا جدال في أن هذه الوسيلة أثارت جدلاً عنيفاً في الأوساط القانونية والطبية، وظل الفقه القانوني والقضاء منقسماً على نفسه ومتردداً بين الرفض والإباحة وذلك على الصعيد العالمي، فبينما يرى البعض أن هذه الوسيلة فيها تحديات لمبادئ القانون بالإضافة إلى اختفاء الطابع الإنساني منها إذ أنها متاجرة فيما هو مقدس لدى البشر "رابطة الأمومة".

ويرى البعض الآخر أن هذه العملية كمثيلتها من طرق الإنجاب الصناعي تمثل باباً من الأمل انفتح لزوجين عقيمين ولا ينبغي بأي حال خلقه ثانية. وعلى الرغم من موقفنا المعارض لهذه الوسيلة إلا أننا نرى أن المبادئ القانونية التي ينادي بها أصحاب الرأي الغير مؤيد لهذه العملية قد اعترافاً بالجمود ولم تعد تصلح وحدها للتطبيق لاسيما بعد أن اعترف المشرع نفسه بهذه الوسيلة في بعض الدول التي سنسردها فيما بعد - إن شاء الله تعالى - .

فلا بد من أن يعترى هذه المبادئ نظم جديدة تعززها وتجعلها مرنة تتماشى مع ما نحن عليه الآن في أغلب الأحيان وبعد أن أخذت الوسيلة الشكل المنظم فإن أغلب العمليات تمر بقنوات إدارية معينة تمثل حلقة وصل بين عارضات الحمل وطالبي الحوامل وهي الجمعيات والمكاتب المتخصصة إلا أن هذا لم يمنع من أن يتم الاتفاق مباشرة مع الحامل دون وسيط، وفي جميع الأحوال، فإن نشاط الوساطة يقع تحت طائلة القانون الجنائي في جرائم عديدة^(١).

(١) ١ - جريمة نسب طفل إلى امرأة لم تلده والمنصوص عليها في المادة ٣٤٥/٤ عقوبات

فرنسي وعقوبتها السجن مع الأشغال الشاقة من خمس إلى عشر سنوات.

٢ - أي عضو في جمعية للأمهات بالانابة أو أي محرر للعقد والأم الحامل ذاتها يرتكب الجناية المنصوص عليها في المادة ٣٣٤ عقوبات فرنسي والخاصة بأنشطة القوادة

وانطلاقاً مما سبق فكيف يكون شكل الاتفاق المبرم من خلال هذه القنوات الإدارية سابقة الذكر؟ وأين هي المرجعية القانونية المستند عليها هذا الاتفاق؟

بالنظر في (المادة "١/٣٥٣" عقوبات فرنسي) نجد انطباقها على الغرض الخاص بالجمعيات (H) والمكتب العامل في هذا النشاط. هذا وقد انحاز القضاء الإداري والعادي لهذا التفسير. وانطبق هذه الجريمة على أنشطة هذه الجمعيات.

وقد أيد مجلس الدولة الفرنسي سنة "١٩٨٨" حكم المحكمة الإدارية باستراسبورج لسنة ١٩٨٦ بشأن جمعية "cigognes.Les" المتخصصة في أنشطة الوساطة للأمهات بالإناثة^(١).

Proxenetisme المعاقب عليها بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات والغرامة من خمسين إلى خمسمائة ألف فرنك وهو أي شخص يحضر أو يساعد أو يتستر عمداً على دعارة الغير أو يحرض بغرض الدعارة "م ١/٣٣٤" عقوبات فرنسي أو يقوم بوساطة مكتب أيا كان شكلها بين الأشخاص الذي يعملون بالدعارة والفجور "م ٦/٣٣٤".

٣ - جريمة التزوير في سجلات الحالة المدنية "م ٦/٤٠٠ ع.ف" - ٤ - جريمة حظر أي نشاط للوساطة في التبني "م ١/١٠٠" من قانون الأسرة والمساعدة الاجتماعية والترخيص واجب الحصول عليه من قبل الإدارة للقيام بأنشطة من هذا القبول وممارسة أي نشاط بدون الترخيص أو مع الترخيص بانتهاك الشروط القانونية معاقب عليه بالحبس من عشرة أيام إلى ثلاثة أشهر أو بالغرامة من خمسمائة فرانك إلى عشرين ألف فرنك.

"٥" جريمة التحريض على التنازل عن طفل المنصوص عليها في المادة "١/٣٥٣ ع.ف" من أنه يعاقب بالحبس من عشرة أيام إلى ستة أشهر والغرامة من خمسمائة إلى عشرين ألف فرنك.

أي شخص يحرض بنية الكسب والدين أو أحدهما على التنازل عن طفليهما المولود أو الذي سيولد.

- كل شخص حصل على توقيع "الموافقة" أو يحاول الحصول عليها والدين مستقبلين أو أحد منهما على سند من شأنه التزامه بالتنازل عن طفله الذي سيولد والذي حاز هذا السند أو حاول أن يستعمله.

- كل شخص قدم بنية الكسب أو حاول أن يقدم وساطته من أجل استقبال أو تبني طفل

Serge Regourd "sexualite, et libertes publiques" Ann - uni - de Toulouse. 1985

Tome - xxx 111 p في ذلك راجع

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي - 17 - juin - trip Admin - de sttasbouyg 3ch

نرى أن تكييف التعامل بهذه الوسيلة وبالطريقة التي تتبعها هذه القنوات أو المنظمات سالفه الذكر لن يثمر عنه سوى زيادة الجوانب العلمية للمشكلة، واستنادا منا وتأييدا لما اشترطه المشرع الإيطالي لتحقيق الوظيفة الاجتماعية في العقود غير المسماة التي اشترط المشرع في (المادة ١٣٢٢ مدني إيطالي الصادر سنة ١٩٤٢) أن تتحقق عن طريقها الوظيفة التي يتطلبها القانون من العقد، وقد أورد تقرير وزارة العدل الإيطالية عن هذه المادة: "أن النظام القانوني أو القانون لا يمكن أن يبسط حمايته علي مجرد الهوى الشخصي، ولكنه يضمن هذه الحماية فقط للعقود التي لها أهمية في الحياة الاجتماعية أي الوظائف والمصالح التي تستحق تلك الحماية" كذلك نصت^(١) علي أنه "لستعاقدن إنشاء عقود لم ينص عليها في القانون بشرط أن تتحقق بها مصالح تستحق الحماية بحسب قواعد النظام القانوني الإيطالي".

هل يعنى غياب النص القانوني بمثابة موافقة ضمنية من المشرع على مثل هذه العمليات؟ أما انه تقاعس منه على مرفقه السلبي وعدم مسايرة التغيرات الطبية المستحدثة في ظل ما نحن عليه الآن وخاصة أننا نعيش تحت ظل سياسة الأمر الواقع؟ بناء على نص "المادة الأولى من القانون المدني بأنه" إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة".

لفت انتباهي في جريدة الأهرام بتاريخ ٢٢/١/٢٠١٠ عدد يوم الجمعة عنوان يقول تشريعات ٢٠٠٩ على مائدة كبار العلماء وكان يندرج منها عنوان "قانون التلقيح وأطفال الأنابيب" والذي يعنينا في هذا أن علماء المجمع اشترطوا عدم التلاعب بالنطف أو الاستعانة بنطف متبرع آخر غير الزوج أو بويضة امرأة غير الزوجة، وإلا كان الطفل غير شرعي، كما حذر العلماء مما يسمى بتأجير الأرحام..... فهذا هو رأى علماء الشرع، فأين هو رأى علماء القانون في ظل غياب النص القانوني الرادع لهذه العملية هل ترك الحكم للأخلاق أو بدل

(١) ديموج في الإلتزامات - ج ١ فقرة ١٣.

القانون الوضعي بالقانون الطبيعي...؟ الخوف من أن تنتشر هذه العملية كمثيلتها السابقة عمليات الإجهاض حتى يحين وضع نص قانوني.

فالمشرع يحيل للقاضي عند تخلف النص التشريعي والقاعدة العرفية مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا رجع القاضي إلى هذه المبادئ فهل يكون مرجعه الأحكام الشرعية فقط والثابتة في كتب الفقه الإسلامي؟ وما الحل إذا لم يجد حكماً شرعياً ثبت بالنص أو الإجماع وخاصة أننا أمام مشكلة حقيقية واقعة بالفعل ولسنا أمام افتراضات في هذه الحالة؟ هل يترك القاضي الشريعة ويلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة؟

الواقع أن القاضي عندما يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية للبحث عن حكم نازلة إنما يجب عليه البحث في دليل هذا الحكم، وهو عندما يرجع إلى هذه الأدلة يستعين بها في التوصل إلى الحكم، فهو ليس في حاجة بعد ذلك إلى أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي^(١) ومبادئ الشريعة الإسلامية لابد لها من أن تمده بحل في كل مسألة متصور حدوثها في المجتمع، ومن أدلة الأحكام الشرعية التي تجعل القاضي متعسفا في إصدار حكمه عند تخلف الحكم الشرعي الثابت بالنص أو الإجماع أو القياس أو استحسان المصالح المرسلة.

وتفصيل ذلك أن تشريع الأحكام ما قصد به إلا تحقيق مصالح الناس أي جلب نفع لهم أو دفع ضرر أو رفع حرج عنهم. وإن مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها ولا ينتهي أفرادها وأنها تتجدد بتجدد أحوال الناس وتتطور باختلاف المجتمعات وهذه المصالح هي:

(١) ويذهب الكاتب الألماني توماسيوس إلى أن الحقوق الطبيعية هي الحرية والمواهب الطبيعية والحق في الحياة وفي التفكير
أما الأستاذ بلانيول فقد بنى مبادئ القانون الطبيعي على العدل وسلامة الذوق وحصر معالنه في حريات الأفراد وضمان أرواحهم وفي حرية العمل وحرية الملكية ثم في صيانة النظام الاجتماعي والأدبي وحقوق الأسرة. وذلك باعتبار أن هذه المبادئ حيوية للبشر كافة ومضمونها مشترك في كل القوانين الوضعية وهي دائماً - هدف المشرع ونصب عينيه فيما يسنة من قواعد. كما يضيف الأستاذ جوسران طائفة أخرى من المبادئ الثابتة التي لا تتغير مثل الوفاء بالوعد والقوة الملزمة للعقود وعدم رجعية القانون وإصلاح الضرر الذي تسبب عن غير حق وهكذا.

المصالح المعتبرة: هي المعاني المناسبة التي قام الدليل الشرعي على رعايتها واعتبارها، وهي التي تسمى في اصطلاح الاصوليين بالمناسب المعتبر^(١).

وهذا النوع من المصالح لا خلاف في جواز التعليل به وبناء الحكم عليه عند القائلين بحجية القياس^(٢) فهذا القسم من المصالح يدخل في باب القياس أو هو القياس نفسه فالمصالح المعتبرة إذا غايات يتوصل إليها بالحكم، فهي مصلحة حقيقية والحكم الذي يتوصل به إليها مصلحة مجازية فما شهد الشرع بقبوله من هذا النوع فلا إشكال في صحته، بخلاف ما لم يعتبره الشرع.

والمصالح الملقاة: هي المعاني المناسبة التي قام الدليل الشرعي المعين على إلغائها وعدم إعتبارها وهي التي تسمى في اصطلاح الاصوليين بالمناسب الملغى^(٣) وذلك لما فيه من تحقق الضرر - ولو توهم الانسان ان فيها مصلحة سواء كان ضررها واضحا أم أنها تؤدي الى ضرر لاحق، أم لا يدرك ضررها إلا بالنظر أو الفكر.

المصلحة الملقاة لا يجوز التعليل بها ولا بناء الحكم عليها بإتفاق العلماء^(٤).

والمصالح المرسلة: وهي التي لم يقم دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها، وسميت هذه المصالح مرسلة لأنها مطلقة عن دليل اعتبارها أو إلغائها. ومن ثم المشكلة التي تعرض للقاضي ولا يجد لها حلاً في التشريع أو العرف أو يجد لها حكماً ضمن أحكام الشريعة الإسلامية المستندة إلى الأدلة تعد مصلحة مرسلة أي مطلقة عن أي دليل يعتبرها أو يلغيها. وفي هذه الحالة يحق للقاضي أن يصدر حكماً علي أساس هذه المصلحة بناء علي ما يدركه عقله من

(١) شفاء الغليل: للغزالي، ص ١٤٨، أصول الفقه، للشيخ ذكي الدين شعبان - ص ١٣١ ط. دار نافع، نشر دار الكتاب الجامعي - بدون تاريخ.

(٢) إرشاد الفحول: للشوكاني (١٨٥/٢)، المستصفى: للغزالي، ص ٢٨٠، تعليل الاحكام: لمحمد مصطفى شلبي، ص ٢٨١.

(٣) شفاء الغليل: للغزالي، ص ١٤٩، أصول الفقه، للشيخ ذكي الدين شعبان - ص ١٣١.

(٤) المحصول: للإمام الرازي: (٢٢٩/٢)، المستصفى: للغزالي ص ١٧٤ - الموافقات للشاطبي (١٢/٢)، أصول الفقه: لزكي الدين شعبان ص ١٣٢.

نفع أو ضرر. ولكن يشترط لذلك توافر المصلحة المرسلّة، وأن تكون كلية تخدم العامة وليس الخاصة، بالإضافة إلى ألا يوجد بها ما يعارض المبدأ الشرعي وهذا ما يعنينا وذلك لعدم الإطالة، ولكننا نرى من جانبنا أنه إذا تجرد أو تحجّر النظام القانوني تجردت الأخلاق.

أ- هل ساعدت فكرة الحرية المطلقة ظهور استخدام الأرحام:

لو طبقنا مبادئ القانون الطبيعي مع الأخذ في الإحتياط بإتخاذ التدابير اللازمة لعدم إختلاط الأنساب سيكون هذا بمثابة رخصة في الاستعانة بوسيلة تأجير أرحام باعتبار أن القانون الطبيعي يتمثل في حق الحياة وحرمة المساس بها وفي الحق في الحرية وضرورة توافرها لكل فرد. وعن هذين الحقيين الأساسيين تتفرع سائر مبادئ القانون الطبيعي. إذن الأخذ بفكرة الحرية المطلقة سوف تؤدي بنا إلى الاستعانة بعملية الرحم المستأجر. إذا لابد من إقتران النظم القانونية مع فكرة الحرية للفرد حتى نضمن التوازن ولمعرفة إمكانية ذلك سنتطرق لمدى مواءمة النظم القانونية للجوانب العلمية للمشكلة.

مدى مواءمة النظم القانونية للجوانب العلمية للمشكلة :

ومن مقاصد النظم القانونية ضمان سلامة الجماعة وتماسكها والحفاظ علي قيامها بعدم استغلال الغنى للفقير، وكذلك الحفاظ على الضبط الاجتماعي والتوازن في العلاقات والحفاظ علي مقتضى الثقة المشروعة في التعامل. وفي كل ذلك يتوقف نجاح التنظيم علي مسايرة ومواكبة المستجدات والنوازل والمتغيرات الاجتماعية والأخلاقية في المجتمع محل التنظيم، وبحسب للقانون موقفه تجاه كل اتفاق يكون مخالفاً للنظام العام ويعد تحايلاً علي القواعد القانونية فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ؛ ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كانت صاحبة الرحم المستأجر طرفاً في الاتفاق.

وتأكيداً للسياق السابق نص (المادة ١٣٦ مدني) "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً." "تحتمل أن ترد علي سبب الالتزام وسبب العقد وذلك باشتراط الوجود واشتراط المشروعية.

نحن نرى أنه لا ينبغي أن نعلق فقط على الأضرار التي قد تنتج على المشاكل الاجتماعية المتمثلة في سوء الأخلاق وحدها لممارسي عمليات تأجير الأرحام ؛ حيث أن النظم الأخلاقية علم عادات وليست قانوناً ثابتاً. وتأكيذاً لذلك يرى Ogest cont أن الأخلاق ليست ثابتة ولكنها متغيرة، كما أن الأخلاق ليست علم قيمة ولكنها علم عادة وهذه النظرية مما لا شك فيه معارضة للإسلام.

ويترتب على ذلك أن المشاكل الاجتماعية لن تكون مبرراً لعدم الجواز ؛ لأنها قد تكون غداً ليست مشكلة اجتماعية، بالإضافة إلى أن هذه المشاكل الأخلاقية يمكن أن تكون نسبية أي تختلف من مجتمع إلى آخر إذن لا يمكن الاعتماد عليها وحدها.

ب- كيفية ممارسة تأجير الأرحام:

سبق وأن ذكرنا في الصفحات السابقة من هذا الكتاب أنه تم إنشاء وكالة دولية أوربية لتأجير أرحام السيدات في مدينة فرانكفورت بألمانيا الغربية، قام بتأسيس هذه الوكالة محام أمريكي شاب يدعى نويل كين وكان هذا المحامي قد أسس وكالة مماثلة في ولاية ميتشجان الأمريكية منذ عشر سنوات، تقول مديرة الوكالة الأوربية الجديدة هاتيلور سيدلز أن الوكالة تلقت ١٢ طلباً خلال اليومين الأولين بعد الافتتاح. وتضيف بأن رسوم تأجير الرحم تبلغ حالياً ٣٠ ألف دولار توزع كالتالي :

١٠ آلاف دولار لمؤجرة الرحم.

١٥ ألف دولار للوكالة.

٥ آلاف دولار مقابل مضاريف الولادة^(١).

ولدى الوكالة حالياً مائة أم للإجاعة، ومن تقاليد الوكالة أن تختار صاحبة البيضة لوليدها المنتظر من بين خمس أمهات بديلات، والمؤسسة تمنع أي لقاء بين الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر.

(١) المتاجرة بالأمومة والاعضاء البشرية - د/ سميرة غويبة - مكتبة مديبولي الصغير - ط ١ - ١٩٩٩م - ستاربرس للطباعة والنشر - الهرم - مصر - ص ٤٩.

ولكي تكون المرأة صاحبة الرحم عضواً في المؤسسة عليها أن تملأ نموذجاً يتضمن اسمها وعنوانها وحالتها الاجتماعية وصفاتها الجسدية. وتقدم الاستمارة مع طلب توضيح فيه أسباب لجوئها إلى المؤسسة، وترفق بالطلب صورتين شمسييتين، وصورة كاملة، وتقريراً طبياً من طبيب أمراض نساء وطبيب نفسي.

وبعد البحث والتمحيص تقبل المرأة عضو في المؤسسة، يصبح في إمكانها أن تدخل أي مستشفى حسب رغبتها وأختيارها حتى تصبح تحت تصرف المؤسسة، ولتتم رعايتها طوال فترة الحمل على أن يتحمل الزوجان اللذان يطلبان الحمل كل النفقات حتى ملابس الحمل الواسعة ويمكنهما تقديم بعض النقود يعبران بها عن الشكر للمرأة التي تتعب من أجلهما.

وجدير بالذكر أن من أسباب تفاقم الجوانب العلمية لمشاكل عمليات تأجير الأرحام على الصعيد العالمي والمحلى هو وجود التباين الشديد بين النظم والقوانين العربية ومثيلتها الغربية من حيث معيار الضبط الأخلاقي الذي وضعته الشريعة الإسلامية للنظم العربية المختصة بالنوازل الطبية الحديثة التي تخص الإنجاب والتناسل على وجه الخصوص، أما على المستوى العالم الغربي فهناك غياب للأخلاق لدى المجتمع الغربي؛ فبعض الأسر في المجتمع الغربي مازالت تمارس جميع أشكال العلاقة الجنسية خارج إطار عقد الزواج، مما قد ينتج عنه انتشار الفاحشة الجنسية التي يترتب على آثارها الانحلال الخلقي والفساد الاجتماعي وما لا يحصى من الأمراض النفسية والجسدية^(١).

كما تبرز الجوانب العلمية للمشكلة من خلال تفاوت العادات والمعتقدات الدينية وخاصة بعد انتشار عمليات الإخصاب الطبي المساعد التي بدأت تأخذ صوراً كثيرة وأشكالاً متعددة، وأصبحت تمثل وسيلة واسعة التداول في بلاد أوروبا وبعضها من البلاد العربية، فلقد ظهر في أوروبا أعداد كبيرة من راغبيها، ونرى من جانبنا أن السبب السريع في هذا الانتشار توجه الدول التي اعتادت

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء على الأشخاص، القاهرة ١٩٧٨، رقم ٣٣٣ ص ٣٢٨.

مثل هذه العمليات إلى الإباحية بشكل يجعلها لا تبالي بمسائل مثل حفظ الانساب والنسل، فكيف تنظر إلى مثل هذه الأمور وهي معتادة الزنا بحجة الحرية الفردية وعمليات الإجهاض وما إلى ذلك، فحجر الزاوية عندها هو رضا أطراف العملية والخلاص الوحيد من وجهة نظرنا هو تفعيل القواعد الأخلاقية المتمثلة في المقاصد الشرعية التي تتماشى مع المصلحة العامة وكذلك الفردية.

لا جدال حول تأثير التقدم الطبى فى مجالاته المختلفة على نطاق ومضمون التنظيم القانونى، ومن قبيل ذلك التقدم، مسألة تأجير الأرحام، وما كان لذلك من أثر فى مكان وزمان تحديد إبرام التصرفات بهذه الوسائل، ثم بكيفية إثباتها ثم ما كان لاكتشاف عمليات تأجير من أثر فى تحديد كيفية حماية من هذه العمليات على المستوى القانونى.

وكذلك للتقدم العلمى فى مجال الإنجاب الصناعى بصفة عامة من أثر فى ضرورة تحديد ضوابطه التى تحفظ الأنساب وتصور الأعراس والحرمان، ولا تعتدى على الحقوق المالية وغير المالية.

وكذلك للتقدم العلمى فى مجال التبرع بالأعضاء التناسلية أى عضو الرحم من أثر فى ضرورة وضع ضوابطه التى توازن بين مصلحة المتعاملين والمتدخلين فى هذا المجال بما يحفظ للجسد سلامته وحسن أداء وظيفته وبما يفيد الجماعة.

ومهما يكن من أمر فإن الحركات العلمية والاصلاحية للحد من منع تفاقم المشاكل العلمية الناتجة عن النوازل الطبيه المستحدثة فى صورة تأجير الأرحام محل هذا الكتاب كانت هناك روافد صبت فى مجرى واحد شقه من قبل الحوار والتفاعل السابق بين الشرق والغرب.

ومن أسباب تفاقم الجوانب العلمية لمشاكل عمليات تأجير الأرحام ممارسة التجارب والدراسات التى تحاول أن تجعل من الإنسان مادة طبيعية يمكن تطبيقها من خلال منهج علمي تجريبي قد يظهر نجاحه واضحاً عندما استطاع أن يصل إلى غايته فكل ما فعلته هو أنها طبقت على البشرية منهجا كان من المفترض أن يطبق على الحيوانات لإنتاج سلالات جديدة يمكن من خلاله دراسة الظواهر

البشرية، وعندما وجدوا أن هناك نجاحاً في تطبيق هذا المنهج، انتظروا أن يفتح العلم عليهم بشئ جديد كعمليات الاستنساخ مثلاً.

وكذلك نسبة فكرتي النظام العام والآداب اللتان تعبران عن الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع. تختلف من مجتمع إلى آخر والعبرة في ذلك أنما تكون بالاعتقاد العام المسيطر على أفراد المجتمع، وإن خالف اعتقاد شخص أو آخر هذا الاعتقاد العام، حتى ولو كان هذا الشخص هو من يقوم بمهمة تطبيق القانون.

ومن أسباب تفاقم الجوانب العلمية لمشاكل عمليات تأجير الأرحام عدم تفعيل المقاصد الشرعية مع وضع قواعد قانونية لحمايتها، فمن الضروري لمسايرة طبيعة الحوادث والمستجدات الكونية والإنسانية التي تقتضي المعالجة الشرعية لها وفق المنظور المقاصدي للأخلاق، ومن ثم فإن تطبيق المقاصد في حياة الناس أمر لا بد منه ولا محيد عنه، ولا شك أن التوازن بين المقاصد الشرعية المتمثلة في الأخلاق والقواعد القانونية إنما يأتي انعكاساً لتفاعل العوامل الاقتصادية والدينية السائدة في المجتمع في وقت معين بالنظر لأن القانون كعلم اجتماعي يتأثر بالبيئة محل التنظيم. وهو ما يفسر اختلاف التنظيم القانوني من مجتمع لآخر ومن وقت لآخر حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة.

ومن الأسباب أيضاً صورة المرأة غير المتزوجة والتي ترغب بممارسة دورها في الأمومة والقيام بعملية التلقيح الصناعي والاستفادة من ثمرة التقدم متناسبة حق الطفل المنتظر في أن يعيش حياة أسرية متكاملة^(١).

(١) وقد تجدد الجدل حول التلقيح الصناعي في الولايات المتحدة، إذ اعتبر القضاء فتاة الأنابيب طفلة من دون أهل شرعيين فقد أطلق أحد قضاة كاليفورنيا الجدل مجدداً حول التلقيح الصناعي عندما اعتبر فتاة أنابيب طفلة من دون أهل شرعيين. وقال جيفري دورينغر محامي الطفلة أن لا سابقة قانونية لوضع هذه الطفلة التي تدعى جايسي بوزانكا. ففي عام ١٩٩٤ قرر رجل وامرأة يعانيان من العقم استخدام مني وبويضة رجل وسيدة مجهولين. وتم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة تعاقدت معها عائلة بوزانكا. لكن الزوج جون بوزانكا طلب الطلاق من زوجته قبل شهر من ولادة الطفلة ورفض أن يتحمل مسؤولية إبنوتها. وأهتمت زوجته لوان بالطفلة منذ ولادتها واعتنت بها كما لو كانت ابنتها فعلاً.

كما لجأت إلى القضاء لكي يعلن امومتها الشرعية مطالبة زوجها السابق بنفقة تساعد على إعالة ابنتها وتربيتها. وقال جيفري دورينغر محامي الطفلة الذي عينته المحكمة =

وكذلك رغبة الأبوين البيولوجيين في سعيهما للسيطرة علي الطبيعة من خلال سعيهما الدؤوب للسيطرة علي غيره من البشر. بتسخير أرحام أخريات لحسابهم وللأسف لم تسلم بلدنا مصر كغيرها من سمسرة الأطفال^(١) وكذلك رغبة الأزواج متوحدي الجنس في أن يكون لهم اطفال من وسيلة إيجار الأرحام.

للدفاع عن حقوقها أن جون بوزانكا وقع عقداً مع السيدة التي حملت الجنين وبالتالي فإنه "تسبب بخلق هذا الولد أراد ذلك أم لا".

وأضاف "أنها مسألة منطق فالشخص الذي يتسبب بولادة طفل أيا كانت الطريقة يجب أن يكون مسؤولاً عنه". لكن حكم المحكمة الذي أصدره القاضي روبرت مونارك قال أن السيدة بوزانكا "ليست مؤهلة لأن تكون الأم الشرعية". وأيدت المحكمة الزوج السابق معتبرة أنه ليس ملزماً بدفع أي نفقة.

وطلب محاميا الطفلة والأم استئناف الحكم. وقال جيفري دورينغر في محاولة لتبرير حكم القضاء بعدم اعتبار السيدة بوزانكا "أما شرعية" أن هذه هي المرة الأولى في قضايا أطفال الأنابيب لا تكون فيها أي صلة عضوية للجنين بالأبوين اللذين أراداه أو بالسيدة التي حملته.

وكانت الأمور قد تعقدت لفترة قصيرة في الأشهر الأخيرة عندما طلبت السيدة التي حملت الجنين منحها حق حضانة الطفلة ثم عادت وعدلت عن قرارها.

وسلّطت القضية الضوء علي نقص تشريعي في مجال الوضع القانوني للوالدات "الحاملات" بالتعاقد في الولايات المتحدة.

- فليس هناك أي تشريع اتحادي في هذا المجال وما زال بعض الولايات يعاني فراغاً قانونياً مطلقاً. وقد منعت ولايات عدة اتباع هذه الطريقة في الإنجاب التي بدأت في الثمانينات وأدت إلى قيام "وكالات" متخصصة بهدف تجاري بحت. وتصل كلفة الإنجاب طفل بواسطة سيدة هي غير الأم حوالي ٥٣ ألف دولار أمريكي.

وتعتبر بعض الولايات أن العقود بين الوالدات "الحاملات" وبين "الأبوين" لا قيمة قانونية لها. بينما تقبل ولايات أخرى بهذه الطريقة للإنجاب شرط إلا تتقاضى "الحاملة" أي أجر أو مكافأة.

وعندما يولد الطفل يجب أن يعترف به والده الطبيعي (أي صاحب المني) وأن تتبناه "أمه" علي أن تتخلى الأم التي حملته وانجبت عنه عن حقوقها.

لكن مشكلة جايسي أنها خلقت من مني وبويضات مجهولين. فلا أهل طبيعيين معروفين لها مما يعقد احتمال السير قدماً في قضية التبني. وعند اللجوء إلى المحاكم فإن العلاقة العضوية هي التي تكسب الدعوى.

(جريدة الرأي الأردنية العدد ٩٨٦٨ تاريخ ١٣/٩/١٩٩٧)

(١) هذا علي لسان الكاتب الصحفي الأستاذ مجدي الجلاد رئيس تحرير جريدة المصري اليوم وذلك من خلال استضافته في برنامج تليفزيوني

يدعى هذا المساء علي قناة دريم بتاريخ ١٢/١/٢٠٠٩ وكان الموضوع بخصوص بلاغ من السفارة الأمريكية لأول مرة في مصر "الاتجار بين مصر وأمريكا وهي بيع الأطفال حديثي الولادة كأولاد السفاح مثلاً وتم الصفقة بين الأبوين الأجنيين والأم الحامل والمركز أو الطبيب الذي قام بهذه العملية قبل الولادة مباشرة أثناء حمل الأم والله يعجز

تلك هي الأنظمة التي تحرم الإتجار بالأطفال، نرى أنها ليست كافية ؛ لأن هذه الفكرة تظل قائمة ومتوقعة مما يؤثر في وضع الأطفال في المجتمع ونظرة الأفراد إليهم. فالطفل يجب أن يظل غاية في حد ذاته وليس وسيلة لتحقيق غاية، فمن حق الأم المستأجرة الحصول علي المصروفات وأوجه الإنفاق الضرورية التي تتناول كافة الاحتياجات اللازمة والتي تفوق ما يحتاجه الإنسان العادي في غير ظروف الحمل. وقد يدفع ذلك بعض السيدات اللاتي يعانين من الفقر لاستعمال اجسامهن لتحسين أوضاعهن المالية. فالإنجاب بهذه الوسيلة يساعد علي استغلال القادرين مالياً لغير القادرين، وقد يتحقق الاستغلال من الأم صاحبة الرحم المستأجر للزوجين^(١).

وبناء عليه فقد استبان لنا أن المبادئ القانونية التي تخدم مثل هذه العمليات لا يمكن أن تكون حبيسة في إطار التشريع فقط، فالقواعد القانونية ما هي إلا مرآة عاكسة تعبر عن أرادة الجماعة. ولكن شريطة أن تكون هذه الإرادة في إطار قواعد الأخلاق وهذه منطقة شائكة يلعب فيها رجال القانون والفقه

لساني عن النطق في إصباح هؤلاء بصفة الأم ألا تشاركني الرأي في مشابهة تلك الأم بمؤجرات الأرحام ترى أننا هوى بنا الزمان إلى عصر ألتجار الرقيق الأبيض. ويتم ذلك من خلال قنوات تصل مصر بالخارج تقوم هي بدور الوسيط واكتشفت هذه الجريمة عند تسجيل هؤلاء الأطفال في السفارة قبل سفرهم مع الأشخاص الذين قاموا بشرائهم بحجة أن النساء الأجنبية تمت ولادتهم داخل مصر وبهذه الطريقة يسهل عليهن خروج تلك الأطفال من مصر أي أصبحنا كدولة الهند حظيرة لبيع الأطفال. وذكر سيادته أثناء حديثه التلفزيوني أسماء بعضا من المستشفيات التي تتم بها هذه العمليات منهم مستشفيات خاصة الأندلس بالقاهرة وتقع على جسر السويس إلا تشاركني الرأي في أن هذه مصيبة لأن على حد علمي هذه المستشفى تقع على شارع عمومي يعني تتم هذه العمليات في وضوح النهار فأين هي الرقابة أين إجراء تسجيل الطفل لأبويه أين ضمير الطبيب الذي قام بمثل هذه العمليات أين رقابة النقابات؟

يقول الدكتور سعيد المغربي رئيس الإدارة المركزية للجهات الغير حكومية أنه تم إغلاق ١٢٥٨ مستشفى عام ٢٠٠٧ بواسطة وزارة الصحة. كان يتم فيهم عمليات إجهاض وعمليات قيصرية وفي عام ٢٠٠٨ تم إغلاق عدد ٦٥٠ مستشفى هذا على لسان د/ سعيد في ذات اللقاء وعلى أثر هذا الحديث وفي نفس اللقاء تقول الدكتورة مشيرة خطاب أن مادة قانون الطفل في تجريم الأطفال السجن المشدد وغرامة حد أدنى ٢٠ وأقصى ٥٠ ألف كما تقول أن بموجب قانون الطفل يمكن تجريم واحد في خارج مصر وإذا كان أكثر من فرد تضاعف العقوبة وعلى أثر تلك الجريمة أصدر النائب العام قرار بإحالة ٤٠ متهم إلى الجنايات على أثر هذه الجريمة.

David W. Meyers, The human body and the law, p. 71

(١)

دوراً مهماً جداً، وذلك بإبراز قواعد الحماية التي تواجه ما يترتب عن تلك العملية وما يسفر عنها من نتائج سلبية.

ولا شك من أن ممارسة التقنيات الطبية المستحدثة فى مجال الإنجاب الصناعى المتفرع منها عملية تأجير الأرحام قد تكون سبباً لقلب موازين الأمور رأساً على عقب، فالعلاقة الزوجية أصبحت عملية طبية تقوم على الوسائل العلمية الفنية وتتم بتقنياتها ولم تنفرد الواقعة الجنسية بين الأزواج بكونها الوسيلة الوحيدة للإنجاب، بل أصبح تدخل الطبيب لإتمام الإنجاب من الأمور المصيرية فى حالات العقم الإنسانى، مما أدى إلى فقدان العلاقة الجنسية بين الأزواج، السمة الأساسية التي كانت تتمتع بها من قبل؛ حيث أمرنا الله - عز وجل - أن نصبغ عليها الخفاء ونحيطها بالسرية والكتمان؛ فأصبحت اليوم العلاقة بين الزوج وزوجته تتداول على ألسنة الناس عبر شاشات التلفاز وعلى الملأ العام بين بعضهم البعض، وبالتالي احتلت مشاكل الواقعة الجنسية بين الأزواج المرتبة الأولى فى المناقشات والحوارات؛ مما أدى إلى استباحة واستطابة نتائج ممارسات الإنجاب الصناعى بمساعدة الغير رغم حرمانية وعدم مشروعية هذه الوسائل.

المبحث الثانى الإنجاب الصناعى

تمهيد :

لا جدال من أن الزواج هو الوسيلة الرامية إلى التكاثر الإنسانى، وهو نتاج غريزة فطرية وضعها الله للزوجين؛ لتكون ثمرة هذه العلاقة الأولاد كنتيجة طبيعية عن قيام مؤسسة الزواج هذا ما يسمى بالطريق الطبيعى للإنجاب. ولكن قد يتم الزواج، وعلى الرغم من ذلك لا يحدث الإنجاب لسبب أو آخر يرجع إلى الزوجين أو لاحدهما، فى هذه الحالة يكون الإخصاب الطبى المساعد مفيداً فى بعض حالاته.

١- طرق ممارسة الإنجاب الصناعي^(١)

١- الإنجاب الصناعي الاعتيادي NORMAL HELPING

تعد هذه الوسيلة ضمن وسائل العلاج الطبية الاعتيادية بالإضافة إلى طريقة الإنجاب الصناعي I.V.F^(٢) والتي لا يدخل فيها عنصر أجنبي غريب، أي ينحصر فيها بين الثنائي (COUPLE) أو الزوجين؛ وبالتالي لا يتولد عن أثره أية مخالفة لنظم الأخلاق والدين والقانون رغم أنها من الممكن أن تثير بعض المشكلات الجانبية في بعض الحالات. كما يدخل فيها جميع الطرق الأخرى التي لا تشكل أساساً بالصفات الوراثية أو الجهاز الوراثي لأحد الزوجين.

- (١) يطلق الانجاب الصناعي على التقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة بطريقة صناعية أى بغير الاتصال الجنسي المباشر. وذلك لغرض الحمل (١ مقال للدكتور / مصطفى محمد الحديدى - منشور بمجلة منار الاسلام عدد (١١) ص ٤٨ لسنة ١٩٧٨ م) المراد به من وجهة نظر المشرع المصرى: مع الاسف لم يضع المشرع المصرى تعريفاً مفهوماً محدداً للانجاب الصناعى لعل سبب ذلك هو حداثة مسألة الانجاب الصناعى. مما ادى الى عدم اكتمالها لدى القضاء رغم أننا نقف الان امام المشاكل التى يثيرها الانجاب الصناعى. وهى فى الغالب تكون مشاكل قانونية وعلى سبيل المثال لا الحصر نذكر منها المساس بالدعائم التقليدية للبنوة Filiation والمساس بالوحدة البيولوجية Lunite biologique للأسرة/ المراد به من وجهة نظر المشرع الفرنسى: استبدال المشرع الفرنسى لفظ "المساعدة الطبية" بدلا من مصطلح الانجاب الصناعى ووضع له تعريفاً. وذلك من خلال القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد والمساعدة الطبية للانجاب الصناعى الصادر فى ٣٠ يوليو ١٩٩٤م. وتنص المادة ١٥٢/١ من هذا القانون على ان "المساعدة الطبية للانجاب يعنى بها الممارسة للطب التطبيقى والبيولوجى الذى يسمح بالحمل فى بيئة مصطنعة ونقل الاجنة والانجاب الصناعى وكل تقنية لها اثر معادل تسمح بالانجاب خارج العملية الطبيعية. / المراد به من وجهة نظر الشرع: يتم تخليق الولد باذن الله تعالى من السائل المتوى الذى يخرج من الرجل فيصل الى الرحم. / ولقول الله تعالى فى ذلك "خلق من ماء دافق، يخرج من بين الصلب والترائب" (المراد به من وجهة نظر الباحث: الانجاب الصناعى هو عملية طبية تتم من خلالها مساعدة الزوج تناسليا لا يصال ماؤه ببويضة زوجته لحداث الاختصيص سواء ان كان هذا الالتقاء تم داخل رحم الزوجة او خارجة ثم بعد ذلك تعاد نطفة الامشاج الى نفس رحم الزوجة مرة اخرى بعد حدوث الاختصيص بهدف انجاب الولد وذلك اثناء قيام علاقة زوجية، وحال حياة الزوج / وتتم هذه العملية بواسطة اطباء اهل خبره ودين مصرح لهم من وزارة الصحة الخاضعة لاحكام القانون باجراء هذه العمليات فى مستشفيات تكون تحت رقابة مشتركة من (لجنة طبيه - لجنة شرعية - لجنة قانونية).
- (٢) وهى الاحرف الأولى للمصطلح التالى: IN.VITRO. FERTILIZATION.

٢- الإنجاب الصناعي غير الاعتيادية (ABNORMAL HELPING)

وهي تشمل جميع الحالات التي تتم فيها الاستعانة بالغير وذلك بإدخال عنصر أجنبي (غريب) في عملية المساعدة على الإخصاب أو الإنجاب أي الاستعانة بأحد الأعضاء الجنسية أو أجزائها لشخص أجنبي عن الشئاني أو الزوجين بطريقة صناعية كالحيمن أو البويضة أو الرحم وكزراع ونقل الأعضاء الجنسية الأخرى العائدة للغير في جسم أحد الزوجين وتشمل كذلك جميع الحالات الأخرى التي تؤدي إلى المساس بالصفات الوراثية أو الجهاز الوراثي لأحد الزوجين. وبالتأكيد فإن هذا النوع الثاني يثير مشكلات كبيرة وتساؤلات خطيرة تأتي في مقدمتها مشكلة الشرعية، والتساؤل بخصوص تأثير ذلك على القيم الأخلاقية والدينية، ومن ثم موقف الدين والأخلاق من هذه الطرق.

ومما لا شك فيه أن عملية تحقيق الإنجاب بواسطة الأمناء الأصطناعي أقل مما يبدو لأول وهلة تعقيدا. فالطبيب يدخل السائل المنوي المأخوذ أما من الزوج أو من متبرع مجهول خلال فترة الخصوبة في المهبل بواسطة كحقنة.

ومن الواضح أن الرجل لا يكون في هذه الحالة طرفا في عملية الإخصاب بعضو الذكورة وإنما بالمنتجات الجسدية (بالحيوان المنوي) فقط. بينما المرأة على العكس من ذلك، قد تكون طرفا بجسدها أثناء عملية الإنجاب وقد لا تكون طرفا بجسدها أثناء عملية الرحم المستأجر وهو موضوع بحثنا أن شاء الله.

وانطلاقا مما سبق سنتناول في هذا المبحث عمليات متفرعة يمكن إجراؤها أثناء عملية تأجير الرحم، وذلك من خلال الإخصاب الصناعي^(١)

(١) الفرق بين الإنجاب الصناعي بنوعيه الداخلي والخارجي In-vitro Fertilization
• يستخدم الإنجاب الصناعي الخارجي عادة في حالة ما إذا كان الإنجاب الأصطناعي الإنجاب الصناعي وكانت احتمالات نجاحه ضئيلة. ومن وجهة نظري الشخصية لا يجب اللجوء إلى هذه الطريقة إلا بعد استنفاد وسيلة الإنجاب الصناعي الداخلي.
• والذي يميز الإنجاب الخارجي (طفل الأنبوب) Bebe-eprouvette عن الإنجاب الداخلي أنه في الإنجاب الداخلي تجري عملية الإخصاب "أي التقاء الحيوان المنوي بالبويضة، في داخل الجهاز التناسلي للمرأة، أما في التخصيب الخارجي فإن عملية الإخصاب نفسها، أي التقاء الحيوان المنوي بالبويضة تبدأ في خارج الجهاز التناسلي للمرأة في المعمل، وفي كلتا الحالتين "في الإنجاب الداخلي والإنجاب الخارجي" لا

المتعلقة بتأجير الأرحام، ومما هو جدير بالذكر أن كل مانع من موانع عدم الإنجاب بالطريق الطبيعي يمكن علاجه بطريقة معينة من طرق الإنجاب الصناعي المساعدة، والتي منها موضوع بحثنا. وهذا سيتضح من خلال المطلب القادم ان شاء الله تعالى.

المطلب الاول

تلقيح بيضة الزوجة بمنى زوجها فى داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة "فسيولوجيا حمل طفل الأنبوب"^(١)

يكتمل الحمل ولا ينمو ثموه الطبيعي إلا فى داخل رحم امرأة، حتى يتم له الموعد المحدد للولادة كما شاء الله له.

❖ الإخصاب الصناعى الخارجى عبارة عن " سحب بيضة أو أكثر من مبيض الزوجة عن طريق تدخل جراحي يسمى Laparoscepie بعد استئثارها بواسطة هرمونات منشطة ثم توضع هذه البيضة أو البويضات فى وسط ملائم ومغذى فى وجود نقطة الرجل ليتم الإخصاب وبعد مرور بعض الوقت يتم نقل البيضة أو البويضات المخصبة إلى رحم المرأة التى كانت قد أعدت خصيصا لاستقبالها من خلال المعالجة الهرمونية. (د/محمد مرسى زهرة الإنجاب الصناعى وأحكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - القاهرة - ص ١٢٦).

أخذ بيضة المرأة وتلقيحها بمنى الرجل خارج الجسد (فى أنبوب) وذلك بوسيلة طبية معينة وبعد أن يتم تكوين البيضة الملقحة تنتقل إلى داخل الرحم وتزرع فى جداره ثم تترك بعد ذلك لتنمو وتتطور (شوقي زكريا الصالحى الإنجاب الصناعى بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة - ٢٠٠١م - بدون دار نشر ص) مجموعة الأعمال الطبية التى تهدف إلى التقاء الحيوان المنوى بالبيضة خارج الرحم لتلقيحها فى أنبوب وتعاد بعده إلى الرحم بشروط (شعلان سليمان محمد - نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الفنية الحديثة فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى بدون دار نشر - ص ٤٧١ - د/ حسن سلام - - الجمعية المصرية للطب والقانون - بحوث مقدمة فى ندوة طفل الانابيب - الخميس - ٢ مايو - ١٩٨٥ - ص ٤٢ وما بعدها)

❖ تعريف الباحثة :-

الإنجاب الصناعى الخارجى هو " عملية طبية يتم من خلالها تلقيح الحيوان المنوى بالبيضة خارج نطاق الرحم فى وسط مماثل له وبعد أن تتكون نقطة الأمشاج يتم إعادة غرسها فى جدار الرحم تحت ضوابط معينة لتنمو فيه نموا طبيعيا.

(١) د/عمر الحسينى - مجموعة محاضرات القاها لطلبة كلية الطب خاصة بأسباب العقم العامة - الفرقة السادسة باللغة الانجليزية وتمت ترجمتها ٢٠٠٤م - ص ١١ وما بعدها / الجمعية المصرية للطب والقانون طفل الأنبوب - الخميس ٢ من مايو ١٩٨٥

تم هذه العملية بالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة لتكوين البويضة الملقحة
اي نطفة الأمشاج بشرط أن تسبقها عملية إعداد وتحضير^(١): تلك هي مراحل

(١) وذلك في مراحل ثلاث

١- مرحلة اعداد البويضة للمرأة :

يتكون الجهاز التناسلى فى المرأة من مبيض ورحم ومهبل واجهزة تناسلية خارجية
فلمرأة مبيضان يتكونان من خلايا عديدة عبارة عن نوعين اصليين من خلايا التكاثر
أو (البويضات) وهذه الخلايا تجنب عند بداية الجنين فى أول تكوينه ثم تنتقل بعد هذا
للمبيض بعد ابتداء نموه وظهوره وتوجد هذه البويضات فى المبيض فى وسط خلايا
أخرى تتأثر بنمو البويضات لتقوم بإرسال رسائل إلى باقى الواجهة التناسلية خاصة
وباقى أعضاء الجسم عامة اثناء نمو البويضة على هيئة هرمونات مختلفة لتتم عملية تجهيز
هذه الأعضاء لاستقبال البويضة عندما يكتمل نموها ومن حكمة الله فى خلقه أنه جعل
عدد البويضات التى تنمو كل شهر أكثر من العدد المطلوب وقد تكون العلة فى ذلك
تظاهر بعض البويضات لإفراز هرمونات كافية لتحضير باقى الواجهة التناسلية والجسم
المكون من البويضة مع هذه الخلايا تسمى بحويصلة جراف التى تكبر مع نمو البويضة فى
الحجم مع تغيرات فى نوعية افرازها لتكون دورة هرمونية تؤثر فى الرحم وفى بقية
الواجهة التناسلية ومن الهرمونات التى تفرزها حويصلة جراف اثناء نمو
البويضة (هرمون الاستروجين) الذى ينشأ عند نمو خلايا أغشية الرحم وباقى الأعضاء
التناسلية.

وعند تكامل البويضة وتكامل نمو الواجهة اللازمة لاستقبالها يحدث التبويض ويخرج
بويضة أخرى أو أكثر من المبيض تلقفها قناة فالوب فى رحلتها إلى الرحم وتبقى فى
المبيض الأغشية الأخرى المتبقية من حويصلة جراف التى يتغير افرازها الهرمونى الآن
وتبدأ إفرازها هرمون آخر يسمى هرمون البروجسترون الذى يجهز افرازات الواجهة
التناسلية التى كبرت اثناء نمو البويضة للعمل على أعاشة البويضة عند وصولها وهذه
الأغشية المتبقية فى الرحم والتى تفرز البرجسترون وهو ما تسميه بالجسم الأصفر. وتأخذ
البويضة بعض الوقت فى رحلتها فى قناة فالوب مع ملاحظة أن الوقت يختلف من كائن
إلى آخر فمثلاً الإنسان يأخذ هذه الرحلة فى سبعة أيام وفى قناة فالوب يتحدد مصير
البويضة بعد خروجها من المبيض أما أنها تلقح ويبدأ تكوين الجنين الذى يتيح له رحلته
هذه الفرصة لينقسم عدة مرات حتى يكون مهبطاً وقادر على الانغراز عند وصوله
للرحم ويعتمد فى هذه الرحلة على افرازات قناة فالوب لا عاثة^(١) - الأستاذ

الدكتور جمال أبو السرور - العقم فى العلم الإسلامى - ص ١٣

وفى الوقت نفسه تعطى فرصة للرحم اثناء رحلة البويضة للتجهيز النهائى لاستقبالها
بحيث تصل البويضة إلى الرحم وهى قادرة على الانغراز فيه وفى ذات الوقت يكون
الرحم قادر على استقبالها واعاشتها.

وبعد انغراز البويضة تبدأ هى نفسها بإرسال رسائل إلى المبيض حتى ستمر عمل الجسم
الأصفر ويستمر الحمل أما إذا لم تلقح البويضة فلا يحدث انقسام ولا انغراز (اندغام)
وفى هذه الحالة يتلاشى الجسم الأصفر ويوقف افرازه الهرمونى الذى يعتبر العامل
الاساسى لأغشية الرحم التى تسقط وبالتالي يحدث الطمث (الدورة الشهرية).

=

يلعب المخ والغدد النخامية دور كبير في التغيرات التي تحدث في المبيض من خلال افرازات هرمونية ولهرمونات الغدد النخامية فوائده كثيرة تذكر منها :-

- حالات عدم التبويض عن طريق اعطائها للمرأة لتحفيز المبيض على التبويض
- الاستعانة بهرمونات الغدد النخامية في تحريك التبويض في حالة طفل الأنابيب.
ولضمان حدوث الإخصاب لابد من تهيئة الاجهزة التناسلية الخارجية والمهبل وعنق الرحم والرحم وقناة فالوب ويحدث هذا تحت تأثير الهرمونات التي تفرزها حويصلة جراف بحيث تكون الظروف المهيئة للإخصاب في زروتها يوم التبويض تزداد افرازات المهبل وتصبح اقل حامضية كي تعين الحيوانات المنوية على البقاء وبذلك تكون افرازات عنق الرحم سهلة الاختراق حتى لاتعيق حركة الحيوانات المنوية.

اعداد مكان انغراز الجنين ونموه تتم عملية انغراز (اندغام) الجنين تحت تأثير حويصلة جراف في المبيض حيث تنمو فيه أغشية الرحم إلى أن يحدث التبويض ثم تبدأ التحضير استقبال البويضة وذلك عن طريق افراز مواد لتغذيتها مع حدوث تغيرات في خلايا أغشية الرحم لتغذية البويضة بعد التصاقها وهنا يجب التنويه على أن هذه العملية تأخذ نفس المدة الزمنية التي تستغرقها البويضة في سيرها في قناة فالوب اللازمة لنموها حتى تصبح قادرة على الالتصاق وفي نفس الوقت تكون أغشية الرحم قادرة على استقبالها.

٢- مرحلة تهيئة الذكر لعملية الإخصاب :

تتكون الخلايا التناسلية الذكرية من الخصيتين حيث توجد كل خصية في كيس يسمى الصفن وتحتوى كل خصية على قنوات دقيقة تسمى القنوات المنوية وهي تشكل حوالي ٩٧٪ من حجم الخصية ووظيفة هذه القنوات افرازات الحيوانات المنوية تحت تأثير هرمونين من هرمونات الغدة النخامية هما الهرمون المنشط لجريان المبيض (fsh) والهرمون المصفر، كما يساعد هرمون تستوستيرون (testosterone) الذي تفرزه الخصية في تكوين الحيوانات المنوية ثم نتيجة الحيوانات المنوية بعد تكوينها إلى قناة ملفوفة يطلق عليها اسم البرزخ

٣- مرحلة الإخصاب المعملی

تسمى هذه المرحلة بمرحلة الإخصاب المعملی حيث تبدأ بعد الخطوة الثانية مباشرة. عندما يتم الحصول على بويضة أو أكثر من الزوجة توضع هذه البويضة في حضانة صناعية ثم يأخذ الطبيب من الزوج الحيوانات المنوية (حوالي ١٠٠ ألف حيوان منوي في أنابيب اختبار خاصة وتوضع هذه الأنابيب في الجهاز) ليضعها في نفس الوقت على تلك البويضات داخل الحضانة لتبدأ عملية الإخصاب ولضمان نجاح هذه العملية يجب أن تكون درجة الحرارة والرطوبة والحموضة والضغط الاسموزي في جهاز الحضانة مساوية لسائل قنوات فالوب وبعد ذلك يتم اخراج أنابيب الاختبار من الحضانة بعد حوالي ٢٤ - ٤٨ ساعة لفحص البويضات فإذا حدث الإخصاب بأمر الله تعالى تكون البويضة قد انقسمت إلى خليتين أو أربع - الإخصاب خارج الجسم الدكتور: حسن سلام - مدرس التوليد وأمراض النساء - كلية الطب جامعة الإسكندرية. الجمعية المصرية للطب والقانون - بحوث مقدمة في ندوة طفل الأنابيب - الخميس - ٢ مايو - ١٩٨٥

وذلك بهدف إتاحة الفرصة للانقسام الخلوي حتى تصل اللقيحة إلى مرحلة التوتة لأنها تشبه ثمرة التوت في شكلها الظاهري ولذلك سماها علماء الأجنة بالتوتة. Monroy

op- cit p

الإخصاب، أو التلقيح الطبيعي التي عرفها لنا أهل الطب، فهم أهل اختصاص، وخاصة بعد التطورات التي حدثت مؤخراً وأذهلت العالم أجمع، ولقول الله تعالى [فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ]^(١) وجدير بالذكر معروف أن القرآن الكريم أنزل لجميع العصور والأزمنة، منذ خلق البشرية وحتى تقوم الساعة، والدليل على ذلك :

لقول الله تعالى : [مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ]^(٢) وكان هذه الآية نزلت لكي تجيب على ما نحن فيه اليوم حول مسألة الأم المستأجرة. ومما سبق يتضح لنا أن الطريقة الأساسية كما ذكرها لنا القرآن والسنة النبوية لعملية التلقيح الطبيعي بالطريق الطبيعي هو الجماع أي جماع الرجل لزوجته أو وطؤها في فرجها.

٤ - مرحلة إعادة اللقيحة إلى الرحم
إذا نجحت عملية الإخصاب ونتجت عن ذلك نطفة الأمشاج أو أكثر يتم احضار الزوجة ثم يتم إعادة اللقيحة إلى رحمها بواسطة قسطرة خاصة رفيعة يتم ادخاله عن طريق المهبل وعنق الرحم دون ألم ثم يتم متابعة الزوجة لمعرفة حدوث الحمل من عدمة بواسطة اختبارات الحمل مثل الدم والبول وكذلك بالفحص بالموجات فوق صوتية . وجدير بالذكر يجب التنبيه هنا أن هناك نوعين من الحضانة الصناعية لكل منها إجراءات طبية حسب الغاية منها فهناك الحضانة المؤقتة والحضانة المستديمة. بالنسبة إلى الحضانة المؤقتة :-

يقوم الطبيب فيها بنقل البويضة الملقحة من الحضانة الصناعية إلى داخل الرحم لتنمو فيه أو قد يتم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى مستأجرة يسمونها الأم المستعارة (Surrogate mother) ، وبالتالي يستكمل الجنين دورته بشكل طبيعي ويتحول التلقيح هنا من تلقيح خارجي إلى تلقيح داخلي،

(راجع عبد الوهاب البطراوي - في الطب والقانون - ص ٦٣) .
أما بالنسبة إلى الحضانة المستديمة :- فهي تستخدم في حفظ الأجنة لفترات مستقبلية سواء أن كانت قصيرة أو لسنوات أي حين استخدامها وتسمى بنوك النطف والأجنة. (لمزيد من التفصيل انظر بنوك النطف والأجنة د/ عطا السنباطي دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ الطبعة الأولى) وعند رغبة الزوجين في الإنجاب يقوم الطبيب باخذ البويضة الملقحة من بنك النطف والأجنة وزرعها في رحم الزوجة فينمو الطفل بعد أن كان خلية مجمدة.

(١) سورة النحل الآية ٤٣.

(٢) سورة المجادلة الآية ٢.

وأخيراً تبين لنا أن الإجابة على السؤال السابق الذكر حول مدى إمكانية اعتبار البويضة الملقحة كائناً بشرياً متكاملًا له حقوق، أو هل يحق التصرف فيها نجدها في آيات الله الحكيم عن مراحل خلق الإنسان، وسبحان الله فهي تتلاقى مع ثوابت العلم الحديث وتقنياته المبتكرة في رصد وتصوير مراحل خلق الجنين بالأرحام، والذي يدعم هذا التصوير هو وضع بيان توضيحي لتصنيف الخلايا التناسلية البشرية موضوع بحثنا، فبعد الاطلاع وجدناها تنقسم إلى خلايا إنسانية ناقصة خلويًا وخلايا إنسانية ذات تكامل خلوي بالنسبة إلى الخلايا الناقصة خلويًا يندرج منها النطفة الذكرية والبويضة الانثوية

- والخلايا الإنسانية ذات التكامل الخلوي والمتمثلة في نطفة الأمشاج أو البويضة الملقحة، ونرى من جانبنا أن التكييف المناسب للبويضة الملقحة أو نطفة الأمشاج، أنها تعتبر المرحلة الأولى لمراحل الوجود الإنساني وليست كائناً بشرياً كاملاً مستقلاً، ولكن هذا لا يعنى عدم اكتسابها أي حقوق بل على العكس فلها حقوق الحمل المستكن ويجرم من يحاول التعدي عليها أو التصرف فيها لذلك ننضم إلى الرأي المعارض للاجهاض حتى ولو كان منذ اللحظة الأولى للقيحة أي بمجرد التخصيب، هذا وقد عمل القانون المصري بهذه النظرية ومن ثم وضع حقوق للقيحة منذ نشوئها في الرحم أي منذ التخصيب، ووضع لها حقوق وحماية قانونية تتوقف على نزول الجنين حياً، وبناء عليه لا يحق لأحد التصرف في اللقيحة أو الجنين مستقبلاً.

هذا وقد انتهينا من مراحل خلق الإنسان متعددة الأطوار التي وصفها الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم. وتلك هي مراحل التلقيح للبويضة الملقحة في صورتها الطبيعية المألوفة والمعروفة. والتي تنتج عن الجماع الطبيعي بين الرجل والمرأة. موضحين قدسية هذه اللاحقة الانثوية من خلال حظر التعامل عليها، حيث أنها لا تعد من الأشياء بل أنها مرحلة من مراحل التكوين الجسدي للإنسان كما سبق أن ذكرنا.

ولكن قد تطرأ أسباب تحول دون تحقيق التلقيح في صورته الطبيعية وبالتالي نكون أمام حالة مرضية لدى من تتوافر فيه هذه الأسباب، لذلك فإن التلقيح الصناعي صار أمراً مهماً وحدثاً واقعاً له جوانب إيجابية ذات فائدة ونفع

للإنسان والمجتمع، طالما توافرت فيه الشروط والقواعد التي لا تخالف الدين والقانون والأخلاق وجوانب أيضاً سلبية عندما يستعان بوسائل التلقيح الصناعي المنافية للأداب والأخلاق والشرائع تترتب عليها بعض المشاكل.

الفرع الأول

حكم تلقيح ببيضة الزوجة بمنى زوجها في داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة
تباينت آراء علماء الفقه المعاصر حول هذه العملية ما بين معارض ومؤيد وذلك على النحو التالي:

أ- الرأي الأول :- حرمة الإنجاب الصناعي مطلقاً^(١)

يرى أصحاب هذا الرأي أن تعاطي الزوجة للمنى عن طريق آلي بوصول المنى إلى رحمها من زوجها فهذا يتنافى مع الدين^(٢).
(استند العلماء القائلون بحرمة الإنجاب الصناعي بالأدلة الآتية)^(٣) يرى أصحاب هذا الرأي من وجهة نظرهم أن الإنجاب الصناعي لا يتماشى مع إرادة الله وبالتالي يتعارض مع^(٤) قول الله سبحانه وتعالى: **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**^(٥)
الرد على هذا الدليل من وجهة نظرنا:

فجاء في تفسير القرآن العظيم (للإمام الجليل الحافظ عماد الدين، أبو الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى سنة ٧٧٤هـ^(٦) إن الله تعالى أنه

- (١) ومنهم الشيخ رجب التميمي - والشيخ عبد اللطيف فرفور وأجازها البعض الآخر مثل فضيلة الشيخ جاد الحق على جاد الحق - والشيخ بدر المتولي عبد الباسط - الشيخ على الطنطاوي وكذلك سوف نوضح آراء الرأي المعارض أولاً موضحين حججه ثم نذكر آراء الرأي المؤيد وأدلتهم.
- (٢) د/ عقيل بن أحمد العقيلي - حكم نقل الأعضاء - ص ٤٤ - وما بعدها - مكتبة الصحابة بجمدة سنة ١٩٩٢ م
- (٣) القرار الفقهي حول الإنجاب الصناعي الخارجي وبنوك اللقاح والمنى مدلولات اللجنة الفقهية الطبية حول الإنجاب الصناعي ص ١٣٥ مرجع سابق
- (٤) د/ طارق عبدالله أبو حو - الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي (دراسة مقارنة) ١٤٢٦ هـ - سنة ٢٠٠٥ م رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة المنصورة ص ١٠
- (٥) سورة الشورى الاياتان ٤٩ و ٥٠
- (٦) تفسير القرآن العظيم الجزء الرابع دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٩ م

خالق السموات والأرض ومالكهما والمتصرف فيهما وأنه ما شاء كان وما لم يشأ لم يكن وأنه يرزقه البنات فقط. قال البغوى ومنهم لوط عليه الصلاة والسلام **لَوَيْهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكُورَ** أى يرزقه البنين فقط. قال البغوى كسيدنا إبراهيم الخليل عليه الصلاة والسلام لم يولد له أنثى **لَا يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَلَا إِنَاثًا** أى ويعطى لمن يشاء من الناس الزوجين الذكر والأنثى أى من هذا، وهذا، قال البغوى كخاتم النبيين سيدنا محمد ﷺ (ويجعل من يشاء عقيما) أى لا يولد له. قال البغوى ليحيى وعيسى عليهما الصلاة والسلام.

فجعل الناس أربعة أقسام: منهم من يعطيه البنات، ومنهم من يعطيه البنين، ومنهم من يعطيه من النوعين، ذكورا وإناثا، ومنهم من يمنعه. هذا وهذا فيجعله عقيما لا نسل له ولا ولد له (أنه عليم) أى بمن يستحق كل قسم من هذه الأقسام (قدير) أى على ما يشاء من تفاوت الناس فى ذلك.

وهذا المقام شبيه بقوله تبارك وتعالى عن عيسى عليه الصلاة والسلام **"وَلَنَجْعَلَنَّ آيَةً لِلنَّاسِ"** ^(١) أى دلالة لهم على قدرته تعالى وتقدس، حيث خلق الخلق على أربعة أقسام: فآدم - عليه الصلاة والسلام - مخلوق من تراب لا من ذكر ولا أنثى وحواء عليها السلام مخلوقة من ذكر بلا أنثى. وعيسى عليه السلام من أنثى بلا ذكر، وسائر الخلق من ذكر وأنثى. فتمت الدلالة بخلق عيسى بن مريم عليهما الصلاة والسلام.

ولهذا قال تعالى (ولنجعلها آية للناس) فهذا المقام فى الآباء والمقام الأول فى الأبناء وكل منهما أربعة أقسام فسبحان العليم القدير.

فلو دققنا النظر فى هذه الآيه السابقة لوجدنا عظمة الله فى خلقه وفى حكمية من تفاوت عطائه وفى اختلاف الناس من عقيم وولود وما بين ذكور وإناث، وجديرنا أن نقف هنا أمام معنى العقم أى استحالة الإنجاب، لأنه عندما ينجب الإنسان بمساعدة الوسائل الطبية المشروعة، فذلك يعنى أنه ليس بعقيم فيجب علينا أن ننظر للعقم على أنه مرض مثل باقي الأمراض، وبالتالي ينطبق

(١) سورة مريم آية ٢١

على هذا قول رسول الله ﷺ "تداووا- عباد الله - فإن الله عز وجل لم ينزل داء إلا وأنزل له دواء" (١).

ومما سبق أتضح لنا أن لا تعارض بين الإنجاب الصناعى بين الزوجين وبين إرادة الله عز وجل فإذا قدر الله للتلقيح بالنجاح فهذه هي إرادة الله. ويرى الرأي المعارض للتلقيح الصناعى عدم جواز كشف العورات المحرمة من غير ضرورة معتبرة شرعا

الرد على أصحاب الرأي المعارض القائلين بعدم مشروعية الإنجاب الصناعى هو عدم جواز كشف العورات المحرمة من غير ضرورة.

١ : إذا كان هناك ضرورة علاجية جاز للطبيب الحق فى الكشف على المريضة وذلك بهدف العلاج ويتم ذلك فى وجود شخص من أهل الثقة. ونحن سبق وأن ذكرنا أن عدم الإنجاب والتعسر منه بسبب عارض طبي يعتبر مرض كغيره من الأمراض إلا إذا توصل الطبيب حالة يستحيل فيها الإنجاب عندئذ نكون أمام حالة من حالات العقم. إذا يجوز للطبيب الكشف على المريضة وأجراء العمليات الخاصة بالإنجاب الصناعى المشروع وذلك قياسا بعمليات الولادة القيصرية عند تعذر الولادة الطبيعية

٢ : وبما أن معيار إباحة الإنجاب الصناعى هو الضرورة فنحن نرى أنه لا بد من تفسير مصطلح الضرورة والغاية منه فالضرورة هنا هي (الحاجة التى أدت إلى التجاء الزوجين إلى مساعدة طبية عندما تعجز الخلايا التناسلية للزوجين إلى الالتقاء بعضهما لحدوث الإخصاب الطبيعى) وعندئذ يكون الالتقاء الطبيعى غير مثمر لذلك نلجأ إلى التقيح الصناعى، واسمحوا لي أن أطلق عليه مسمى (العامل المساعد) وذلك رداً منى على الرأي المعارض للجوء أو الاستعانة بالإنجاب الصناعى المشروع.

وهو مساعدة تخصيب ماء الرجل بماء زوجة فى ظل وجود حياة زوجية وحال حياة الزوجين.

(١) أبى عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخارى الجعفى - صحيح البخارى - الجزء السابع - القاهرة - دار مطابع الشعب، ص ١٥٨ - بدون تاريخ.

تعارض أسلوب الإنجاب الآلى مع أسلوب الإنجاب الفطري الذى شرعه الله على عباده.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى الآية الكريمة: **لَأَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَّاءٍ مَهِينٍ (٢٠) فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (٢١) إِلَى قَدَرٍ مَعْلُومٍ^(١)**.

المقصود هنا فى الآية الكريمة على حد تعبير الرأي المعارض فجعلناه فى قرار مكين يعنى جمعناه فى الرحم وهو قرار الماء من الرجل والمرأة فى الرحم، والرحم معد لذلك حافظا لما أودع فيه من ماء مدة معينة أى من ستة أشهر إلى تسعة أشهر. فتغيير المكان من القرار المكين إلى طبق أو حضانة أو أنبوب على حد قصد الرأي المعارض للإنجاب الصناعى تغيير للطريقة الفطرية التى شرعها الله ورسمها لعباده.

ومما لا شك فيه أن هذا التغيير يزعزع الثقة والاطمئنان من الإنجاب بهذه الطريقة وذلك لإمكانية وجود رواسب فى هذه الآلات من (منى أو بويضة أخرى) غير المراد إستعماله.

الرد من وجهة نظرنا:

لا مبرر لجعل هذه المخاوف سبب من موانع الإنجاب ؛ حيث أنه عن طريق اتخاذ التدابير والإحتياطات اللازمة لإجراء التخصيب يمكن أن تتلافى هذه المخاوف، وذلك باختيار المكان والطبيب المناسب ذى الخبرة والدين.

ومما سبق تبين لنا أن التلقيح الفطري الذى شرعه الله على البشرية ليس هو الطريق الوحيد للإخصاب بل هناك طريق آخر للتلقيح عند تعذر الإنجاب الفطري وهو الإنجاب المساعد الذى يرتب نفس الآثار الاتصال الطبيعى بين الزوجين المترتب عليه نفس الآثار الشرعية بشرط أن يكون الماء المستخدم للزوجين.

ب - الرأي الثانى :- إباحة الإنجاب الصناعى بين الزوجين .

والدليل على ذلك من القرآن الكريم: قول الله " الذى خلق من الماء

(١) سورة المرسلات الايتان ٢٠ - ٢١ (تفسير القرآن العظيم للامام الجليل اسماعيل بن كثير - المجلد الرابع - دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان).

بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ريك قديرا^(١) "أنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا^(٢)".

والدليل من السنة النبوية الشريفة:

"جاء إعرابي إلى النبي - ﷺ فقال يا رسول الله أنتداوى؟ قال: نعم فإن الله لم ينزل داء إلا أنزل له شفاء علمه من علمه وجهله من جهله^(٣)". وعن ابن ماجه عن رسول - ﷺ - "أنكحوا فأنى مفاخر بكم الأمم يوم القيامة"^(٤).

- **الدليل من كتب الفقهاء المتقدمين:** أن الصعوبات الناشئة عن الحمل أو التبويض تجيز للمرأة أن تأذن في تخصيب بعض بويضاتها وتجميد البعض الآخر، إذا كان ما يخصب من بويضاتها أنما يخصب من نطف زوجها حال حياته وحال قيام الزوجية الصحيحة بينهما، وتم نقل البويضات المخصبة إلى رحمها حال حياته وحال قيام الزوجية ولم يترتب على تخصيب البويضات أو حفظها اختلاط بخلايا الغير بحيث يفضى إلى اختلاط الأنساب، ولم تتخذ البويضات المخصبة أو المحفوظة في النقل إلى رحم امرأة غير صاحبها، ولم تستخدم في التجارب الطبية أو الوسائل العلاجية للأمراض وذلك لأن تخصيب البويضات أو حفظها أنما يتوسل به إلى ابتغاء الولد^(٥).

وقد أصدرت دار الإفتاء المصرية فتوى بتاريخ ٢٣ مارس ١٩٨٠ "على أن تلقيح الزوجة بذات منى زوجها دون شك في استبداله واختلاطه بمنى غيره جائز شرعا ويثبت النسب، فإن كان منى رجل آخر غير زوجها فهو محرم شرعا ويكون فى معنى الزنا ونتائج. بويضة الزوجة التى لا تحمل وتلقيحها بمنى زوجها

(١) سورة الفرقان آية رقم ٥٤

(٢) سورة الإنسان آية رقم ٢

(٣) رواه الامام احمد - مسند الامام احمد - ج ١ - ص ٣٧٧ - ابن حبان - صحيح ابن حبان ج ١٣ ص ٤٢٧ - كتاب الطب باب الاخبار عن إنزال الله لكل داء دواء.

(٤) سنن ابن ماجه كتاب النكاح - باب تزويج الحرائر. ج ١ ص ٥٩٩.

(٥) "لما روى عن حفصة أن رسول الله ﷺ قال: لا يدع أحدكم طلب الولد، فإن الرجل إذا مات وليس له ولد أنقطع اسمه..... والحاجة تنزل منزلة الضرورة سواء أن كانت حاجة عامة أو خاصة كما تقرر قواعد الشرع. د/ عبد الفتاح ادريس استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر - أخبار اليوم السبت ١٩ من صفر ١٤٣٠ - ١٤ فبراير ٢٠٠٩

خارج رحمها ، وإعادتها بعد إخصابها إلى رحم تلك الزوجة دون استبدال أو خلط بمنى إنسان آخر أو حيوان لداع طبي وبعد نصيح طبيب حاذق مجرب بإتباع هذا الطريق هذه الصورة جائزة شرعا " كما خلص المركز الاسلامى فى لندن إلى أن الشرع الاسلامى لا يعارض ولادة طفل عن طريق الإنجاب الصناعى ما دام الجنين نتاجا للقاء الزوجة بماء زوجها^(١).

وجاء فى لجنة التوصيات الخاصة بندوة الإنجاب فى ضوء الإسلام والمجمع الفقهي والإسلامى^(٢) المنعقد بمكة المكرمة إلى " جواز كشف عورة المرأة أمام طبيب أجنبى عنها للدواعي الكشف الطبى والمعالجة والتعليم وعند حالة المرأة المتزوجة والتي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الإنجاب يعتبر غرضا مشروعاً. مع مراعاة وجوب أن يكون المعالج امرأة مسلمة أن أمكن ذلك وإلا فإمرأة غير مسلمة وإلا فلطبيب ثقة مسلم وإلا فغير مسلم. وألا تتم الخلوة بين المعالج والمرأة (الزوجة) إلا فى وجود الزوج أو امرأة أخرى ذات ثقة ".

ولدينا تعقيب -حول مسألة إختيار أو ترتيب أو تصنيف الطبيب الأجنبى المعالج: وهو أنه ليس من الضروري أن يكون معيار اللجوء هو طبيب أو طبيبة مسلمان أو غير مسلمين ولكن لابد من أن يكون الإختيار على أساس الثقة والخبرة فى هذا المجال ؛ بصرف النظر على نوع الجنس أو الديانة وذلك لمدى حساسية وخطورة نتائجه. أما بالنسبة إلى ضرورة وجود محرم أو الزوج عند كشف العورة فهذا أمر مسلم به ولا خلاف عليه.

ويرى أصحاب هذا الرأي وهو الرأي الراجح أنه إذا توافرت شروط وضوابط معينه للإجراء الإنجاب الصناعى الداخلى، فلا مانع من جوازه وإذا ما تخلف شرط من هذه الشروط، فلا يجوز إجراؤه لعدم مشروعيته.

"تبين لنا من ردود الفقهاء المتقدمين أنه قد يتم شغل رحم المرأة بنطفة الرجل وحدوث حمل بغير اتصال عضوي بينهما ورغم ذلك تترتب عليه الآثار الشرعية من إثبات النسب ووجوب العدة والميراث".

(١) الجمعية المصرية للطب والقانون (طفل الأنبوب ص ١٥
(٢) انظر صحيفة الانباء الكويتية الصادرة فى ٧ / ٤ / ١٩٨٤ ص ١٦

إذا فالإنجاب الصناعى الذى يتم عن طريق تلقيح بويضة المرأة بمنى زوجها يعتبر مشروعاً متى كان الغرض منه علاجاً وهو إنجاب الأطفال والسبب فى جعل هذا النوع من الإنجاب مشروع هو تحقيق الاستقرار ودوام العشرة بين الزوجين، لارتباطهم برباط جديد يبقى على استمرار الزواج وهو الإنجاب، وهو بذلك لا يخالف النظام العام.

كما أن شغل رحم المرأة بنطفة الرجل وحدث الحمل قد يحدث دون الاتصال العضوى بينهما، ورغم ذلك تترتب عليه الآثار الشرعية كالعدة والنسب والميراث.

كما استند أخيراً الفقهاء أيضاً بخلوه المحبوب وإثبات العدة بذلك، لتوهم العلوق منه بسحقة (الفتوى الصادرة عن إدارة الفتوى المصرية وكذلك مؤتمر الإنجاب الصناعى والإسلامى فى لندن إلى أن الشرع الإسلامى لا يعارض ولادة طفل عن طريق الإنجاب الصناعى، ما دام الجنين نتاجاً للقاح الزوجية بماء زوجها). وأخيراً قرر مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم والإسلامى^(١) أن حاجة المرأة المتزوجة والتي تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالأساليب المباحة من أساليب الإنجاب الصناعى.

ج - الشروط اللازمة لتوافر الضوابط الشرعية لإباحة الإنجاب الصناعى :

- التأكد من أن الإنجاب سوف يتم بماء الزوجين فى رحم الزوجة
 - الحصول على الرضا الحر المستنير مفرغاً فى شكل كتابي
- يعد هذا الشرط من الأساسيات البديهية التى يجب مراعاتها عند إجراء أية عمليات طبية، وفى تقديرى يعتبر هذا الشرط من النظام العام حيث أنه يتعلق بالواجبات الإنسانية والأخلاقية، ولذلك أتفقت جميع التشريعات المقارنة على ضرورة توافر هذا الشرط.

وجدير بالذكر يرى بعض الفقهاء^(٢) ونحن نؤيده الرأي أن حرص هذه النظم وخشيتها من الانعكاسات القانونية والأخلاقية، والتى يمكن أن تشكل

(١) المنعقدة فى مكة المكرمة فى دورته الثانية خلال النصف الثانى من شهر يناير سنة ١٩٨٥

(٢) د/ طارق محمد عبد الله أبو حو - المرجع السابق - ص ٣٣

كوارث اجتماعية يتعذر تداركها وخاصة عند تقدم نظم التكنولوجيات التناسلية مما يترتب عليه سيل من دعاوى إنكار النسب، وخاصة وأن الأمر لم يعد يقتصر على الإخصاب فى علاقة شرعية فحسب، بل تمادى عندهم فوصل ذروته بالسماح بالتبادل الخلايا التناسلية الناقصة والمكتملة؛ للإتمام الإخصاب فى علاقات شرعية وغير شرعية، إلى حد السماح بإنشاء سوق دولية لتحقيق هذا التبادل واستباحة الأمومة البديلة وتخليق الأجنة الإنسانية خصيصا بغرض تقديم تجارب علمية.

ومن منطلق هذه التجاوزات المفرطة من تلك التشريعات كان حرصها على تصريح بالحصول على الرضا الحر المستير بالوسيلة المتبعة، وتأكيدا لهذا الحرص اشترطت أغلب تلك النظم الأوربية إفراغ هذا الرضا فى شكل كتابي سهل به إثباته على

منكري نسب أطفالهم الذين ولدوا من جراء ممارسة تلك التقنيات^(١).

- وذاات الموضوع جاء فى (المادة ١٥٢/٢) من قانون الصحة العامة الفرنسي " إذ يشترط أن يرتضى راغبا وسيلة الإنجاب الصناعى مقدما إجراءاتها^(٢).
- أن يتم الإنجاب عقب موافقة الزوجين (كتابيا) مباشرة.
 - أجراء الإنجاب حال قيام العلاقة الزوجية.

(١) جاء ذلك فى القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨م فى المادة رقم ٦ بفقراتها الأربع :-
م ١/٦ " وجوب صدور الرضا بطريقة حرة وصريحة ومفرغة كتابة من المرأة الخاضعة لهذه الوسائل (أى وسائل الإنجاب ومنها الإخصاب الصناعى)"
م ٢/٦ " وجوب أن تعى هذه المرأة بالمخاطر المحتملة والخاصة بها أو بأحتمال إجهاض جنينها"
م ٣/٦ " يجب الحصول على موافقة زوجها بنفس خصائص الموافقة السابقة بشرط قيام العلاقة بينهما حين الإنجاب"
م ٤/٦ " يجوز هذا الرضا متى استوفى شرائطه السابقة حجية الاثبات الواردة فى المادة ٢/٨ من القانون والمتعلقة بالمنازعة فى
- فى شرعية نسب الطفل الذى ولد بتلقيح طبي بنطفة غير الزوج"
راجع: المجموعة الدولية للتشريعات الصحية (R.i. I s) القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٨م ص ٨٤.

(٢) مضافة بالقانون رقم ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤ م " المجموعة الدولية للتشريعات الصحية ١٩٩

- التأكد من أن القوائم بهذه العملية ذاتة ومن أهل الخبرة ويقطع بأن الحمل لا يتم إلا بهذا الطريق.
- أن يكون الهدف من هذه العملية الإنجاب فقط.
- استنفاد كافة وسائل معالجة العقم بغير الإنجاب الصناعي.
- اتخاذ الطبيب التدابير والإحتياطات اللازمة لضمان عدم اختلاط الأنساب.
- عدم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا عند استحالة أتمام عملية الإنجاب الطبيعي بين الزوجين.

ونخلص من ذلك كله إلى أن الإنجاب الصناعي الذي يتم عن طريق تلقيح بويضة المرأة بمنى زوجها يعتبر مشروعاً وهو بذلك لا يخالف النظام العام ولا الآداب العامة متى استهدف تحقيق غرض علاجي مشروع وهو الإنجاب.

الفرع الثاني

رأى فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى في الحكم على الإنجاب الصناعي

بالرغم من أن الفقه الإسلامي يحسب له السبق في هذا المجال، إلا أنه لم يضع لنا الفقهاء القدامى جزاءهم الله عنا خير الجزاء أبواب أو مواضيع مستقلة بذاتها في كتب الفقه عن موضوع الإنجاب الصناعي ولكن تكلموا عنه ضمن مسائل أخرى مثل قضية الصوفة والنكاح في الجاهلية وغيرها..... ويرجع السبب في ذلك إلى حداثة وتعدد أشكال الإنجاب الصناعي بصوره المختلفة وبتقنية التي تتقدم يوماً بعد يوم، لذلك لابد من أن ينظر الباحثون الجدد إلى هذه المسائل المستحدثة بنظرة أكثر اهتماماً ووضع أسس وضوابط في كتب الفقه المختلفة وجعلها مستقلة عن باقي المواضيع.

على أن يراعى تأصيل هذه المسائل المستجدة بالأحكام الشرعية المشابهة لها. ولذلك نحن نرى أنه من الضروري أن تدرس الأحكام الشرعية الخاصة بالأمور المستحدثة في المجال الطبي في كليات الطب والحقوق وجعلها في كتب مستقلة وذلك نظراً لأهميتها.

نرى أن كل ما توصلنا إليه من أحكام شرعية في مسائل الإخصاب المساعد يرجع الفضل فيه إلى هؤلاء الفقهاء الأجلاء أصحاب المذاهب الفقهية

الذين نالوا حظاً وفيراً من ميراث الرسول - ﷺ - وأيضاً قدرتهم على التنبؤ
بأمور لم تكن واقعة في عصرهم ولم يكن بالأماكن توقعها، لكنهم رغم ذلك
اجتهدوا في افتراض أمور حدثت بعد عدة قرون.
١: في فقه الحنفية:

جاء في حاشية ابن عابدين^(١) في عدة من استدخلت منياً في فرجها:
ومنه ما في كتب الشافعية إذا أدخلت منياً فرجها فعليها العدة كالملوطة بشبهة.
إذا عالج الرجل جاريه بدون الفرج فأنزل فأخذت الجارية ماءه في شيء
فاستدخلته فرجها في حدثان ذلك فعلمت الجارية وولدت، فالمولود ولده
والجارية أم ولد له فهذا الفرع يؤيد بحث صاحب البحر أهـ قلت: ويؤيده أيضاً
إثباتهم العدة بخلوه الم محبوب وما ذلك إلا لتوهم العلوق منه بحقه.
- مما سبق يمكن استخلاص الأحكام الآتية:

أن استدخال المنى بدون الأله أو بدون الإيلاج متصور وجائز عقلاً وشرعاً.
أن استدخال المنى كالوطء والإيلاج في وجوب العدة وطرق النسب.
يثبت النسب من الم محبوب لتصور إدخال مائه بالسحاق أو بالإستدخال أو
بالقذف.

الشرط في الماء - المنى إذا وجب العدة ويلحق النسب به أن يكون محترماً
سواء في حال الإنزال أو في حال الإستدخال (التخصيب).

٢: في فقه المالكية:

جاء في حاشية الدسوقي^(٢) أن المنى يجوز عقلاً وشرعاً دخوله الفرج أو
بالإدخال - أي بدون إيلاج وبذلك ثبت بإدخال المنى.
يثبت نسب ولد الم محبوب منه أعتادا على رأى أهل الخبرة، وأهل الخبرة
يثبتون ذلك للم محبوب بالسحاق أو بالإدخال أو بالإخصاب الطبى المساعد أو
بالقذف.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٦٢٤ و ٦٣١، المطبعة الكبرى الاميرية سنة ١٣٢٣ هـ - ط
ثالثة

(٢) حاشية الدسوقي ج ١ ص ١٣٠.

٣- في فقه الشافعية:

قال صاحب نهاية المحتاج^(١) في سياق كلامه عن العدة " ولأن المعتبر من العدة براءة الرحم ، وهي حاصلة بالوضع بشرط نسبه إلى ذي العدة - من زوج أو واطئ بشبهة - ولو احتمالا كنفى بلعان. وهو سهل لأن نفيه عنه غير قاطعي لاحتمال كذبه ، ومن ثم لو أستلحقه لحقه ، أما إذا لم يمكن كونه منه كصبي لم يبلغ تسع سنين ومسوح ذكره وأنثياه مطلقا أو ذكره فمدا. ولم يمكن أن تدخل منه وإلا لحقه وإن لم يثبت الإستدخال.

- مما سبق أيضا يمكن استخلاص الأحكام الآتية عند الشافعية:

إستدخال المنى كالوطء في وجوب العدة وثبوت النسب به والرجعة ، لأنه أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج.

يشترط في المنى الذي يكون إستدخاله كالوطء أن يكون محترما ، والعبرة في الاحترام مجال يثبت النسب لو كان الزوج مجبوا - أي مقطوع الذكر وحده - لإمكان إنزاله بالسحاق^(٢).

والزنا لا حرمة ولا تجب به العدة ولا يثبت به النسب للزاني ، ويحل نكاح الزانية الحامل.

الأحكام مرتبة أصلا على العلوق الذي سببه أنزال أو الإستدخال ، إلا أنه لما كان الإنزال أو الإستدخال خفيا يتعسر تتبعه ، علقنا الأحكام على السبب الظاهر بل أنزال وهو الوطء فمن باب أولى تترتب تلك الأحكام على الإستدخال أن وجد.

يتخرج على القول بأن الاعتبار بالاحترام هو مجال الخروج فقط أحكام كثيرة أهمها ما يلي:
إذا لقحت أجنبية بماء زوج زوجته لا تنجب ، وكان هذا الماء محترما وقت الإنزال وحملت منه ثبت نسب لهذا الزوج.

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للأمام شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير المتوفي سنة ١٠٠٤ هـ - ٧ ص ١٢٧ مطبعة مصطفى البابي الحلبي (١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م).

(٢) استاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان مهر الزوجة ص ١٧٩ قضايا فقهية معاصرة ، استجار الأرحام - أحكام الام البديلة (١٠١١) بدون دار نشر

وكذلك إذا كان ماء محترما وقت نزوله ، وحفظ فى بنك من بنوك حفظ النطف والأجنة المجمدة ، ثم قامت الزوجة أو الجارية بعد وفاة الزوج أو السيد بالعلوق من هذا الماء المحترم وقت الإخراج فقط ، وولدت ثبت النسب والميراث من باب أولى ، ويختلف الحكم فى حالة القول بأن الاعتبار بالاحترام هو بالحالين معا حال الإخراج وحال الإستدخال.

إذا أخلط المنى المحترم بغير المحترم ، وإمتزجا بحيث أصبحتا شيئا واحدا لا يمكن التمييز بينهما ، وتم التخصيب به ثبت النسب منه لصاحب المنى المحترم تغليا للمنى المحترم ، لأن النسب يثبت بإمكان

- إن المنى المحفوظ فى البنك غير محترم وخصبت به زوجة ؛ ظنا منها أنه من زوجها وحملت منه وولدت فإنه لا يثبت نسب من صاحب المنى المحترم ؛ لأن الشبهة التى يثبت بها النسب تعتبر فى الرجل وإذا ثبت نسب زوجها للفراش القائم بينها فله أن يتقيه باللعان.

٤: فى فقه الحنابلة .

جاء فى المغنى^(١) ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه فيتمسح بها ، فإن عائشة قالت : ينبغى للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة ، فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه ثم تمسح عنها فيصلان فى ثوبيهما ذلك ما لم تصبه جنابة .

وجاء فى الفروع^(٢) : " إذا إستدخلت منى زوج أو أجنبى بشهوة ثبت النسب والعدة أنتهى وقال فيها هنا بعد أن أطلق الوجهين قلت : أن كان ماء زوجها أعتدت وإلا فلا.....".

- ويمكن أن يستخلص مما سبق أيضا الأحكام الآتية :

أن إستدخال المنى من غير الإيلاج ممكن عقلا وواقعا.

يفهم من كلام الحنابلة أن العبرة فى الاحترام للمنى هى مجال الأخراج دون اشتراطه فى الإدخال.

(١) المغنى ج ٨ ص ١٣٦ ، ج ٩ ص ٥٥ ، ٦٥ ، ج ١٠ ص ١٩٣ .
(٢) الفروع لمحمد بن مفلح بن محمد المقدسى ج ٥ ص ٥٣٦ ط عالم.....

أن إستدخال المنى المحترم يلحق به النسب ، والعدة - أن إستدخال المنى
فى الأجنبية ليس بزنا موجبا للحد
٥: فى فقه الشيعة الزيدية:

وواضح أيضا أنه يمكن استخلاص الأحكام الآتية من فقه الشيعة الزيدية
والإمامية :-

أن إستدخال المنى من غير طريق الإيلاج جائز عقلا وشرعا. يثبت بالمنى
المحترمة النسب ، وتجب به العدة. يثبت النسب للزوج كلما أمكن. والعبرة فى
الاحترام هى مجال الإخراج فقط.

هل يحق للزوج إجبار زوجته على التلقيح الصناعى حقا فى مطالبة الولد؟
يشترط البعض أنه فى الرضا الصادر من الزوجة ألا يكون تحت ضغط
مادى أو معنوي^(١) ويتصور ذلك فى حالة الزوج العقيم الذى يريد أن يخفى عقمه
عن زوجته فلا يتردد فى اللجوء إلى الحيلة عن طريق الإنجاب الصناعى ، فإذا
صدر رضاها نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه فإن هذا الرضاء لا يعتد به. حينئذ
ويتجرد من قيمته القانونية. ويسأل البنك والطبيب الذى قام بغش الزوجة
بالتواطؤ مع الزوج حتى وقعت ضحية لهذا الغلط أو الإكراه.

وبناء عليه اذا لم يوافق أحد الزوجين على عملية الإخصاب الطبى
المساعد يسأل البنك أو الطبيب والزوج عن جريمة قد تصل فى نظر البعض إلى
جريمة الاغتصاب أو هتك عرض.

وإن كان الغالب فى الفقه القانوني يذهب إلى تكيف هذا الفعل على أنه
هتك عرض وإذا أخذ فى الاعتبار الإكراه سواء أكان ماديا فى صورة العنف أم
معنويا فى صورة الغش والتدليس فإن الفعل يعد هتكا للعرض بالقوة أو التهديد
تعليق الباحثة:

على الرغم من رأي الفقه الفرنسي فى تأييده لحق طلب الزوجة فى
الإنفصال الجسماني عند إعتراض الزوج عن الخضوع للتلقيح الصناعى ، إلا إنه

(١) د / على حسين نجيدة - إلتزامات الطبيب فى العمل الطبى - ص ١٢٧ - دار النهضة
العربية بالقاهرة - ١٩٩٢.

أخفق وناقض نفسه فى الوقت الذى أعطى للزوجة حق القبول والرفض وجعل لها عنصر الرضا أساسيا فى أتمام عملية التخصيب الصناعى ؛ لذلك نرى أن هناك تعسفا عندما نصنف إجبار الزوج لزوجته للخضوع لعملية الإنجاب المساعد لا يعد من قبيل جريمة هتك العرض، ولكن يكتفى بحقه فى التطلاق، ويقترح هذا الفقه أن تنشأ جريمة خاصة للإخصاب الطبى المساعد دون موافقة الزوجة هذا عن الفقه الفرنسى أما بالنسبة إلى الفقه الإسلامى :

إذا أكره الزوج زوجته على القيام بعملية الإخصاب الصناعى بغير منيه، فإن هذه الجريمة تعد فى معنى الزنا بالإكراه الذى يعاقب عليه الزوج والبنك أو الطبيب بعقوبة مناسبة يراها ولى الأمر رادعة لأمثال هؤلاء.

والتدليس يفقد القيمة القانونية للرضا فى كل القوانين ؛ لأن الأصل أن يكون الرضا حرا خاليا من عيوب الإرادة وقد اعتبرت محكمة نيو مكسيكو بالقبول الصادر من المريض، بعد أن تبين لها أنه أوقف من بعد منتصف الليل عقب تناوله جرعة مهدئة، وطلب منه التوقيع على نموذج يفيد قبولة إجراء عملية جراحية، ومن ثم لم يكن المريض فى حالة معتادة تسمح له بهذا القبول^(١). وبالنسبة إلى توافر سن معين لدى راغب التلقيح.

وجدير بالذكر قيدت بعض التشريعات ممارسة وسائل الإنجاب الصناعى بضرورة توافر سن معينة فى المرأة راغبة الإنجاب مثل القانون الأسبانى الذى وضع الحد الأدنى لذلك بثمانية عشر عاما، ولكنه لم يضع حدا أقصى لها، على عكس ما فعل المشرع الدنماركى الذى اهتم بوضع الحد الأقصى لسن المرأة التى ترغب الإنجاب دون الاهتمام بالحد الأدنى، فقرر بذلك ألا يزيد عمرها عن ٤٥ سنة، معتبرا أن من تصل إلى هذه السن، لا يتناسب عمرها أن تجرى تلقيح صناعى مع ما يتضمنه الحمل والوضع من مخاطر كبيرة يمكن أن تتعرض لها^(٢).

(١) د / مصطفى عبد الحميد عدوى - حق المريض فى قبول أو رفض العلاج ص ٥٨
(٢) راجع :

La loi n 460 du 10 juin 1997 sur la fecundation artificielle, entree en vigueur le 1 octobre 1997, determine les regles applicables a l'assistance medicale a la procreation et a la recherche sur L, embryon (<http://rad2000.Free.fr/prodrepr.htm>).

وذلك على غرار ما فعله المشرع الفرنسي في المادة ١٥٢ / ٢ حين أستلزم أن يكون الرجل والمرأة في سن تسمح لهما بالإنجاب^(١).

الفرع الثالث

موقف الشريعة المسيحية في الإنجاب الصناعي بين الزوجين

إن الإخصاب في الأنبوب ونقل الجنين ينطوي عادة على قتل كائنات بشرية وهذا نوع من الإجهاض وبالتالي فهو غير جائز ويحقق الإخصاب في الأنبوب تعدياً على الأعمال الدافعة إلى إخصاب بشري بواسطة العلاقة الزوجية الحميمة، حتى لو اتخذ الطبيب كل التدابير اللازمة لتجنب قتل الأجنة البشرية. فالطبيب بالنسبة للزوجين وللإنجاب شخص ثالث يقوم بعملية الإخصاب المتجانس في الأنبوب ونقل الجنين ويجريها خارج جسدي الزوجين، ويتعهد بنجاحها استناداً إلى كفاءته العلمية ومهارته.

فهذه العملية تعني تسليم حياة الجنين وهويته إلى قدرة الأطباء البيولوجيين، وتعزز تسلط التقنية على أصل الشخص البشري ومصيره. وهذا التسلط في حد ذاته يناهض الكرامة والمساواة المشتركة بين الوالدين والأولاد. فالجبل في الأنبوب نتيجة العمل التقني الذي يتحكم بالإخصاب، وبالتالي فهو لا يعبر عن اتحاد الزوجين الحميم الذي به يشارك الزوجان الله في منح الحياة لشخص جديد في عملية الخلق والإنجاب.

ماذا عن رأي الكنيسة؟

وقد كان للكنيسة موقف من ذلك مفاده (أن المني كجزء من الجسد مرتبط بالخصوص للقيام الكلي؛ ولهذا يجوز التصرف فيه لأجل حفظ الكل^(٢)). وقد أدانت الكنيسة الكاثوليكية هذا النوع من التلقيح الصناعي واعتبرته عملاً غير أخلاقي ويشكل إعتداءً وانتهاكاً لقوانين الزواج ويتشابه مع الزنا، كما

(١) وقد أثارت واقعة الحمل التي حملت فيها امرأة تعدى عمرها الستين وذلك بطريق استبدال الحمل بدلاً من ابنتها، حيث قامت باحتضان بويضة ابنتها المخصبة بدلاً منها لوجود عيوب خطيرة برحم الابنة وعندما وضعت الأم المولود اهدته لابنتها كي تعوضها حالة العقم التي نشأت لديها. راجع:-

Apropos de " I , affaire de "Draguignan": "menopause et procreation medicalement assistee" Anna grabinski, 2001, h ttp : \\\nwww. Inserm. Fr \ethique

(٢) بولس انطوين، اللاهوت الأدبي بأسره، روما ٨٣٤ ج ١، ص ٢٠٧.

اعتبرت الطفل الذي يجرى عن هذه العملية غير شرعي(١) وأوضحت أن الرغبة في الطفل شرط ضروري لإنجاب بشري مستول، غير أن هذه الرغبة لا تكفي وحدها لتقييم الإخصاب في الأنبوب بين الزوجين تقييماً أدبياً وضعياً ويجب تقييم هذا الإخصاب بحد ذاته.

المطلب الثاني

الإنجاب الصناعي بين غير الزوجين (الاستعانة بالواهب)

تتم هذه العملية بتدخل طرف ثالث في الإنجاب وهو الواهب الذي يمكن أن يكون واهب النطفة الانثوية أو بالنطفة الذكرية لذلك سنقوم بعرض صور وطبيعة هذه العملية ثم نتناول موقف القانون والقضاء والفقه الشرعي منها كلا منهم على حده

أولاً: الإنجاب الصناعي عن طريق التبوع بالبيضة المؤنثة أو بمقابل

وتتم هذه الطريقة من خلال نقل نطفة الزوج ونقل بويضة من امرأة أجنبية أي ليست بزوجة، ثم يتم الإنجاب الخارجي ثم تزرع اللقحة في داخل رحم الزوجة^(٢).

(١) رأي المطران سليم الصايغ مطران طائفة اللاتين بالاردن المنشور في جريدة الدستور الأردنية العدد (١٠٤٦٤) تاريخ ١٩٩٦/١٠/٩ بعنوان (الإخصاب الصناعي المتجانس).

(٢) د/ على برك - أمراض نسائية غامضة - مجلة العربي العدد ٣٧٥ فبراير ١٩٩٠ - الكويت ص (١٢٤٠) وتتم هذه الطريقة عندما تكون الزوجة مصابة بعاهة في المبيض أو كان مبيض المرأة به آفة أو كان المبيض مستأصلاً ولكن رحمها سليم وقابل للتلقيح ففي هذه الحالة: إذا كان الرجل سليماً ولا يعاني من عدم الخصيب عندئذ تؤخذ منه الحيوانات المنوية ويتم ادخالها إلى الجهاز التناسلي لامرأة غير زوجة بواسطة الإخصاب الطبي المساعد الداخلي في وقت الايض، ثم في اليوم الخامس يقوم الطبيب بغسل الرحم بحيث يعثر على البيضة الملقحة فإذا تم العثور عليها وضعها في رحم المرأة التي لا ينتج مبيضها أو استؤصل أو..... وبالتالي لا يبيض لها، وقد تمت هذه العملية بنجاح في الولايات المتحدة أما إذا كان الرجل غير صالح للخصيب:، فانة في تلك الحالة يتم تلقيح الأجنبية هذه بمنى غير منى هذا الرجل، وفي اليوم الخامس يجري غسيل الرحم فإذا تم العثور على البيضة الملقحة أخذت وغرزت في رحم الزوجة العاقر، وهذه الطريقة تماثل الطريقة السابقة إلا أن المنى هنا لغير زوج العاقر، وقد تكون المرأة التي تزرع فيها البيضة المخصبة غير متزوجة أصلاً وقد تكون المرأة المانحة للبيضة بمقابل مادي أو غير مادي -أما أو اختاً..... ويشترط لحدوث الصور السابقة أن يكون رحم المرأة التي تزرع فيها البيضة المخصبة سليماً قابلاً للحمل.

وحكم هذه الصورة محرم شرعا وذلك للأدلة الآتية:

١ : إن منى الزوج غير محترم هنا - سواء في حال الإنزال أو في حال الإدخال - وبالتالي لا يثبت النسب منه للزوج.

٢ : أن إستدخال الزوجة للبيضة الأجنبية المخصبة بمنى الزوج غير المحترم شرعا إنما هو في معنى الزنا المعاقب عليه.

٣ : إن الفقهاء قد نصوا علي أن المنى إذا كان غير محترم وقت الإنزال فإنه لا يثبت به النسب قولا واحدا وإنما الخلاف بينهم في هل الشرط أن يكون محترما أيضا وقت الإدخال (التخصيب)؟ علي رأيين وقد سبق ترجيح الرأي القائل بضرورة أن يكون المنى محترما في الحالتين - حال الإنزال وحال الإستدخال (التخصيب) حيث يثبت به النسب شرعا، أما اشتراط كونه محترما وقت الإنزال ليثبت به النسب فلا خلاف فيه.

وعلى ذلك فإن الماء وقت إنزاله إنما قصد به تخصيب بيضة أجنبية وهذا ممنوع وغير جائز وبالتالي يكون المنى غير محترم شرعا وكذلك البويضة ولا يثبت النسب بهما لأصحابها البيولوجيين لعدم احترامها لأنه إذا كان الفقهاء كما سبق نصوا علي : عدم لحوق النسب إذا كان المنى وقت الإنزال غير محترم كما إذا كان بسبب الزنا وأن كان وقت الإستدخال محترما لقيام علاقة الزوجية حينئذ فمن الأولى في هذه الصورة أن يكون حكمها التحريم وعدم ثبوت النسب من الزوج صاحب المنى غير المحترم. وكذلك الأجنبية صاحبة البيضة المخصبة غير المحترمة أيضاً، وإنما يثبت النسب في هذه الحالة للأم التي حملت ووضعت فقط كابن الزنا.

ثانياً: الإنجاب الصناعي بين نطفة ذكرية لوأهب لا يربطه بالمرأة رابطة زوجية

Artificial Insemination by donor

تتم هذه العملية بنقل نطفة من رجل أجنبي وبويضة من امرأة ليست بزوجة صاحب النطفة (لا يشترط في المرأة أن تكون متزوجة أو غير متزوجة) ثم تعاد بعد تلقيحها خارجيا إلى رحم المرأة صاحبة البويضة، يلاحظ في الطريقة السابقة أن خلية الرجل (الحيوان المنوي) الذي لقحت به بويضة المرأة ليس من زوجها ولكن من رجل أجنبي عنها. ويسمى صاحب النطفة الذكرية (المعطى أو الوأهب).

وهذه النطفة المتبرع بها من المعطى أو الواهب ساعد على وجودها ما يعرف حاليا ببنوك النطف والأجنة المنتشرة فى كثير من دول الغرب. ووظيفة هذه البنوك أن تجمع النطف الذكورية من المانح أو المعطى بمقابل مادي أو غير مادي ثم تحفظ هذه النطف الذكورية فى ثلاجات خاصة عند درجة ١٩٠ تحت الصفر تقريبا بواسطة النيتروجين السائل. وذلك بعد التأكد من خلو المانح للمنى من الأمراض الجنسية مثل الإيدز والسيلان والزهري وغيرهما من الأمراض. ويعطى ذلك المنى بعد تصنيفه وتبويبه للنساء اللائي يرغبن فى ذلك واللائي يعانين أزواجهن من عدم وجود حيوانات منوية لديهم.

ومما لا شك فيه تعتبر هذه العملية وأن كانت مقبولة ومعروفة فى المجتمعات الغربية إلا أن هذه المجتمعات تقابل هذه الطريقة بالرفض، فقد أدانت الكنيسة الكاثوليكية هذا النوع من الإنجاب الصناعى واعتبرته عملا غير أخلاقي، يشكل اعتداء وانتهاكا لقوانين الزواج ويتشابه مع الزنا. كما اعتبرت الطفل الذى يولد بهذه الطريقة طفلا غير شرعي. كما أدانته أكاديمية العلوم الأخلاقية والسياسية الفرنسية بقرار صادر فى ٩ مارس ١٩٤٩.

أما بالنسبة إلى مجتمعاتنا الإسلامية فهي ترفض هذا النظام رفضا باتا لتعارضه مع نظام الأسرة، وبالتالي النظام العام والآداب. ومن المتوقع ارتفاع هذه النسب بسبب التكاليف البسيطة لهذه العمليات، فالتخصيب بحيوانات منوية طازجة يكلف ٦٠ دولار وبالمجمدة يتراوح ما بين ١٠٠ و ٢٠٠ دولار^(١).

ورغم السرية التى تحيط بهذه الطريقة، فإن إحصائيات الولادات تتراوح ما بين عشرة آلاف ومائة ألف طفل سنويا. كما يقول الدكتور "يروم شيرمان" رئيس مجلس التكاثر فى مصارف الأنسجة الأمريكية^(٢).

ولا شك من أن هذه الطريقة يزداد فيها احتمال انتقال الأمراض الوراثية والجنسية وزيادة احتمال ولادة أطفال مشوهين بالعيوب الخلقية^(٣).

(١) مجلة الجيل - الحمل التكنولوجي المتطور - مشار اليه - ص ١٣٢ اغسطس ١٩٩٠ - العدد ٨

(٢) مجلة طبيبك - العدد ٣٣٧ مايو ١٩٨٦ ص ٨٦ اضرار الحمل التكنولوجي

(٣) تزداد فى الإنجاب الصناعى احتمالات الإصابة بالأمراض الوراثية وولادة اطفال مشوهين بالعيوب الخلقية. وذلك لأنه فى تلقيح الطبيعى تعجز الحيوانات المنوية المريضة أو الهزيلة عن الوصول إلى البويضة. فهناك اختيار طبيعى للحيوان المنوي الاقدر على

الفرع الأول .

التقييم القانوني لوضع المولود من

تلقيح نطفة ذكرية (واهب) لا يربطة بالمرأة رابطة زوجية

Artificial Insemination by donor AID

أولاً- هل اتفاقيات ما قبل العمل في مصلحة الأطفال؟

رغم أن هناك مجتمعات غربية تقبل أنظمتها الدينية والاجتماعية هذا الأسلوب من أساليب الإنجاب الصناعي إلا أن هذا الطريق من وجهة نظرنا لا يكون إلا مقايضة بالأطفال ولا يخلو من المشاكل القانونية لجميع أطراف العلاقة بالنسبة إلى العلاقة بين زوج المرأة التي أنجبت بواسطة الإنجاب الصناعي عن طريق واهب وبين الطفل الناتج من هذه الطريقة :

- من الناحية البيولوجية: رغم أن الواهب هو الأب البيولوجي لهذا الطفل ومع ذلك فإن شخصيته مجهولة للطفل تماماً. هذا بالإضافة إلى أن هذا الطفل ليست له أية حقوق قانونية مع هذا الشخص.

فماذا يحدث لو أقر الأب (زوج المرأة التي تم تلقيحها عن طريق الواهب) بموافقة لتلقيح زوجته بالطريقة سالفة الذكر وبعد ذلك نفى الأب نسب الولد له؟

- من الناحية القانونية: للإجابة على السؤال السابق يجب أن نشير إلى أن الزوج هو الأب لهذا الطفل الذي يجب عليه طاعته رغم عدم وجود رابطة (الدم)^(١) ومن هذا يتضح لنا أن هناك انفصالا بين رابطة الدم ورابطة الأبوة الذي يعتبر البعض أن اتحادها هو أساس لتنظيم الأسرة^(٢)، ورغم أن الزوج لا يعتبر أب للطفل إلا أنه ملزم بحكم موافقته على إجراء هذه العملية لإنجاب الطفل وبالاتفاق عليه في فترة الزواج وحتى بعد الطلاق في حالة تطليقه للزوجة.

=

تلقيح البويضة. أما في الإنجاب الصناعي فهذه الميزة المفقودة. وذلك لأن الحيوانات المنوية تقذف مباشرة إلى الرحم. وقد يكون من بينهما حيوانات منوية ضعيفة أو هزيلة أو مريضة. وعندما تلقح هذه الأخيرة البويضة. تكون الثمرة طفل مريض أو مشوه.

أنظر محمد علي البار، طفل الأنبوب والإنجاب الصناعي، مشار إليه، ص ٨١ - ٩٤.

(١) Dierkens. r " les droits sur le corp sct iecadavre de l' home" ed- (١)
Masson. - aris 1966.p.79

(٢) Dierkens op - cit p. 81

ولكن في حالة عدم موافقة الزوج على إجراء هذه العملية، فلا يمكن بالتالي النظر إليه باعتباره أب للطفل ومن ثم ترد الحقوق الأبوية بالكامل إلى الأم^(١) وليحكم على الزوج النفقة في حالة الطلاق^(٢).

ونحن نرى أن هذه الصورة (الواهب والمتبرع بالنطفة الذكورية) شبيهة بصورة المتبرع بالرحم؛ حيث أنه ينتج عن الأولى طفلاً له أب بيولوجي وأب بالتبني، أما الثانية فينتج طفلاً له أم بيولوجية ثم بالتبني وأخرى متبرعة بالرحم. ثانياً - المشاكل المترتبة على هذا النوع من الإنجاب بالنسبة إلى مشكلة تسجيل الولادة:

مما لا شك فيه أن هناك مشكلة تتعلق بتسجيل الطفل بعد الولادة، حيث يقدم الأزواج أنفسهم باعتبارهم الأب للطفل غير أن مثل هذا التسجيل يخالف لقوانين الولادة والوفيات^(٣) حيث أنه ينبغي أن تكون شهادة الولادة لطفل تم حمله وإنجابه بواسطة "A I D" خالية من تعريف الأب^(٤). ونرى أن التكيف القانوني لنظام التسجيل سيكون كالآتي:

نرى إنه إذا وافق الزوج تسجيل الطفل يعتبر هذا نظام تبني مع الأخذ في الاعتبار بمخالفة هذا النظام للشريعة الإسلامية، أما إذا لم يوافق واعترض الزوج على تسجيل الطفل يعد هذا الابن ابن زنا

وهناك مشكلة أخرى وهي أنه أحياناً يحدث زواج بين الأطفال الذين تربطهم صلات قرابة تمنع مثل هذا الزواج؛ حيث يقول د/جورجيس دافيد رئيس أكبر بنك للحيوانات المنوية في فرنسا كلما زاد عدد النساء اللاتي يلقحن بالحيوانات المنوية لرجل واحد كلما زاد الاحتمال بأن تلقح إحدى محارمه بها^(٥). لحل هذه المشكلة القانونية قبل يجب البوح للطفل بالطريقة التي تم بها الحمل، فكما أن للطفل بالتبني في المجتمعات التي تأخذ بنظام التبني الحق في اكتشاف

(١) انظر في القانون الانجليزي Children Act 1975 s.,85.

(٢) Butter worths, op-cit p.42.

(٣) the Births and deaths Registration act 1953(u.k). The Registration of dnaltocs 1965 tca segairra M Births, deathsand

(٤) Look News week, march, 1985, 18, p. 45.

حيث تشير الإحصاءات إلى وجود ربع مليون طفل لا يعرف لهم أب نتيجة للانجاب الصناعي من متبرعين مجهولين.

(٥) مشار إليه في: News week op. - cit p.56

حقيقة والديه فيجب إذا منح هذا الحق للطفل بالإنجاب الاصطناعي بواسطة واهب ويقترح أن يتم هذا عند بلوغ الطفل عامه الثامن عشر^(١).

بالنسبة إلى شخصية الواهب:

غير أن السرية الضرورية التي تحيط بشخصية الواهب تقف حجر عثرة في طريق نجاح هذا الاقتراح السابق. وبذلك يظل الحل الأمثل للإشكالات المختلفة المرتبطة بهذا الأسلوب من الإنجاب هو إصدار القوانين المنظمة له^(٢)، وذلك في المجتمعات التي تتقبل مثل هذا الأسلوب من التلقيح.

الفرع الثاني

الموقف الفقهي والقضائي الفرنسي من الإنجاب الصناعي

بين نطفة ذكرية لواهب لا يربطة بالمرأة رابطة زوج

مع تطور الإخصاب الطبي الذي منح الأمل لكثير من الحالات المرضية التي تصل إلى حد العقم الدائم غير المرجو من شفاؤها مما دفع الكثير من الأطباء في وضع حلول بديلة منها التبرع بالخلايا التناسلية سواء أكانت الأنثوية أو الذكورية حتى تتحقق أحلام الزوجين في وجود الولد عن طريق الواهب؛ لذلك سنتناول صورة من صور الإخصاب الصناعي غير المشروعة لصدوره من علاقات غير شرعية بين متبرع بنطفة أنثوية أو ذكرية لأحد الزوجين، وذلك من خلال موقف القانون والقضاء الفرنسي من الإخصاب الصناعي بين الزوجين بواسطة واهب باعتباره الجهة التي عرضت عليه مثل هذه المسائل ثم نقوم بعرض موقف التشريعات المقارنة، وأخيرا موقف الشريعة الإسلامية من التفinitionات القانونية والقضائية السابقة المجيزة لهذه الطريقة.

(١) warnnock Mary (chairman) Report of the Committee of inquiry into human Fertilization and Embryology cmd 9314) 1984. HMSO-London

(٢) Butter Worths. op- cit p. 43 -3

راجع في المشاكل القانونية عن الإنجاب الصناعي بواسطة الواهب: Cusine D "AID and the law" 1975, ed Ethics 39, Wheian D, D "the law and artifical insemination with donor semen" 1978, d j Austral 56. shaman 331 wal maf j 18, 1979, noitan JM Legal aspects of artificial insemi.

لم يهتم المشرع الفرنسي بالقضايا الخاصة بالتبرع بالبيضة المؤنثة اهتماما كبيرا فى القضاء الفرنسي ؛ والسبب فى ذلك إلى الاعتقاد السائد بأن الأم الحقيقية هي الأم التى تلد وليست الأم البيولوجية، ولذلك ترجح كافة الأم بالحمل عن الأم البيولوجية فى إثبات النسب، وهذا اعتقاد خاطئ فالنسب هنا يثبت للثنتين معا، كما أن هناك أما بالرضاعة، فيوجد فى هذه الحالة أم بالحمل وأم فسيولوجية ونرى أنه من الممكن أن نطلق على الأم بالحمل نظام الأم الوالدية لها حقوق وعليها التزامات كالأم بالرضاعة.

ولكن القضايا أو الدعاوى أو المشاكل التى فرضت نفسها على الساحة القضائية فى فرنسا هي حالات الإخصاب الطبى المساعد بتدخل واهب بنطفة ذكرية للزوج العقيم التى تلقح بها زوجته وتلد له ولدا لا ينتمى إليه من الناحية البيولوجية مما ترتب عليه آثار العديد من المشاكل المتعلقة بحقوق الطفل المتخلق جراء هذه الطريقة، ومدى التزام الأب البيولوجي ناحيته، ونظرا لحدثة تلك المستجدات فقد اختلف الفقه الفرنسي فى مسألة نسب الطفل لهذا الأب غيرالبيولوجي وحق الأخير فى إنكار النسب.

ومن ناحية أخرى فلقد استقر هذا القضاء على عدم الاعتراف بشرعية الإنجاب الصناعى بنطفة غير الزوج على النحو التالى وهناك سؤال يطرح نفسه وهو:

موقف الفقه الفرنسي من الاتجاه الأول:

حق الزوج فى نفي نسب الولد له الناتج عن التبرع بنطفة غيره:

يرى القضاء أنه لا اعتبار بإقرار الزوج أو بموافقته لتخصيب زوجته بواسطة واهب بنطفته الذكرية فهذا الإقرار ليس له قيمة قانونية باعتبار أن هذا الأب ليس الأب البيولوجي لهذا الطفل هذا بالإضافة إلى أنه لا يجوز التنازل مقدماً عن الدعاوى المتعلقة بحالة الأشخاص ويبطل كل اتفاق على ذلك بموجب- المادة ٣١٣ م فرنسي- بما يؤكد بطلان الاتفاق السابق ؛ لذا فقد الثانى العديد من الاحكام إلى الأخذ بهذه الحقائق القانونية وإجابة الزوج إلى طلبه إنكار بنوة الطفل المتخلق من نطفة متبرع مع طرح كل قيمة قانونية لإقرار الزوج بالموافقة على الإنجاب بهذه الطريقة مع عدم الاعتداد المطلق لمصالح ذلك

الطفل الذي أتى إلى الحياة بناء على الاتفاق بين الزوجين ونفي نسبه بناء على الاختلاف بينهما ؛ لذا فإن هذه الأحكام قد وصفت بأنها تجافي أدنى قواعد العدالة، حيث لم تضع أى اعتبار لمصالح الطفل الذي لا يعلم عن أبيه البيولوجي شيئاً، في حين أنكر أبيه الاجتماعي نسبه.

وبصرف النظر عن الاختلال النفسي الواقع لا محالة على الطفل نتيجة ميلاده يتيماً أو مجهول الأب فمن سيتحمل مسؤولية هذا الطفل التربوية والمادية ؛ لذا فإن هذه الأحكام قد منعت عن الطفل كل حقوقه وحرمة من كل شئ^(١).

- الاتجاه الثاني:-

لا يعتبر أباً للطفل إلا أنه ملزم بحكم موافقته على إجراء هذه العملية لإنجاب طفل بالأنفاق وحتى بعد الطلاق في حالة تطبيقه لزوجته، ولكن في حالة عدم موافقة الزوج على إجراء هذه العملية فلا يمكن معاملته باعتباره أب للطفل، ومن ثم ترد الحقوق الأبوية بالكامل إلى الأم^(٢) ولا يحكم على الزوج بالنفقة

- الاتجاه الثالث:-

عدم أحقية الزوج في نفي نسب الولد المتخلق بنطفة غيره:-

لقد سلك القضاء في سبيل الوصول إلى تحقيق مصلحة الطفل سلوكاً قضائياً متميزاً حين تقدم القضاء في خطوة جريئة إلى مخالفة النص الصريح الذي يجافي قواعد العدالة، وذلك انطلاقاً من الآثار المترتبة على النقد الذي وجه إلى القضاء السابق والذي لم يعط حقوق الطفل أي اهتمام، أن توجه القضاء توجهها إنسانياً يدنو به تجاه مصالح الطفل ؛ ليرفع قدرها الذي سترته القضية السابقة بالحقائق والمبادئ القانونية والتي لم تستطع قواعد العدالة أن تقدح فيها شيئاً. ولقد سلك القضاء في سبيل الوصول إلى تحقيق مصلحة الطفل سلوكاً قضائياً متميزاً، فيتقدم القضاء في خطوة جريئة إلى مخالفة النص الصريح الذي يجافي قواعد العدالة حيث توصلت إلى تحقيق ذلك محكمة Bobigny حين عرض عليها

(١) - Hrut. Wriller (D) "note sous le TGI de Nice 30 juin 1976" D - 1977 - P - 46 et s.

(٢) - انظر في القانون الإنجليزي 1975 Children Act ، s ، ٨٥.

طلب الزوج إنكار نسب ابنه الناتج من عملية تلقيح زوجته بنطفة متبرع مدعيا، أنه رغم رضائه بالوسيلة وموافقته عليها مسبقا إلا أن زوجته كانت علي علاقة بصديق لها في فترة الحمل، مما يؤكد به الزوج أن الولد المتخلق إنما كان نتيجة المعاشرة بين زوجته والعشيق وطلب لتأكيد دعواه إجراء تحاليل الدم التي تثبت أنه ليس الأب البيولوجي للطفل.

حكمت المحكمة بقبول الدعوى شكلا إذ أنه لا يجوز التنازل عن حق الزوج في إنكار النسب ؛ لكونه من الحقائق المتعلقة بالنظام العام والمقررة بموجب المادة ٣١٢ م فرنسي وفي الموضوع برفض طلب الزوج حيث لم يؤسس إنكاره علي أسباب قوية تدفع المحكمة إلي نفي النسب الذي سيؤثر بشدة علي مستقبل الوليد بالنظر إلي أنه لن يعلم عن أبيه البيولوجي شيئا لجهالة مصدر العينة المنوية المتبرع بها، أما طلب إجراء تحاليل الدم لإثبات انتفاء العلاقة البيولوجية بين الطفل والزوج فهذا لا يعني المحكمة في شيء، إذ لو صدق ذلك فسيؤدي إلى ذات النتيجة السابقة من افتقاد الطفل أن ينسب لأحد، فالمشكلة في نظر المحكمة تتمثل في انتفاء الدوافع القوية لإنكار النسب بعد إقراره السابق به، وأن الحكم بإنكار النسب لكل من يطلبه بناء علي أنه ليس الأب البيولوجي لمن ينكر نسبه هو أمر لا تقوى به دعواه لكي تقبل ؛ لذا فقد حكمت المحكمة برفض طلب الزوج بإنكار نسب ذلك الطفل^(١) ناقشت محكمة ولوز بحث مشروعية التخصيب الصناعي بواسطة

(١) T-G-I- de Bobigng 18 jan 1990, D – 1990-II-P. 332 note saujot (callette)

ويبدو أن المحكمة هنا قد اختلط عليها الأمر وهي في محمل بيان أسباب حكمها برفض الإنكار فمن التناقض أن يمنح القانون الزوج الذي تحمل له زوجته بشكل طبيعي حق إنكار هذا النسب ثم تأتي المحكمة هنا لتحرمه من ذلك الحق المقرر لأقرانه من الأزواج لمجرد أن زوجته حملت بطريقة صناعية وهذا أيضا لم تقصده المحكمة وإنما الذي أرادت بيانه هنا – في اعتقادنا – أنه ليس كل زوج حملت زوجته بمعاونة الوسائل الطبية أن ينكر ذلك النسب مستندا إلى أن الانجاب إنما تم بطرق صناعية فهذا ليس حجة في نظر المحكمة ينتفي بها النسب. لكن أيضا الخطأ التي وقعت فيه هو رفض طلب الزوج إجراء تحاليل الدم فهذا حق مقرر له لا يجوز للمحكمة أن تطرحه جانبا لمجرد أن الولد نتج عن وسيلة صناعية إلا إذا كانت المحكمة ستعتبر وسائل الانجاب بمعاونة العلوم الطبية البيولوجية طريقة قاطعة لثبوت النسب وهذا علي أية حال لا يمكننا اعتماده فقد تلقح الزوجة ويسقط الحمل منها ثم ترتكب خطيئة الزنا فتحمل

واهب عن طريق الاستعانة بنطفة وذلك من خلال دعوى طرحت عليها لا تخص زوجين وإنما صديقين اتفقا على تلقيح الصديقة بنطفة متبرع ؛ نظرا لعقم الصديق الذي لا ينتظر شفاؤه وبعد نجاح الإنجاب بنطفة الغير اقر الصديق ببنوة الطفل ثم عاد وأراد إنكار هذا الطفل، نتيجة ما حدث من خلاقات بينه وبين صديقه فتوجه إلى المحكمة مطالبا بالحكم بنفي نسب الطفل والرجوع عن إقراره السابق.

وقبل أن تجيبه المحكمة لطلبه أرادت أن تبدي رأيها صراحة في موضوع الإنجاب في نطفة المتبرع والحقيقة أنها اتخذت مسلكا موحدا في تقييم هذا الأمر، إذ قررت بطلان الاتفاق علي الإنجاب بنطفة متبرع بين الأصدقاء أو بين الزوجين علي السواء، وأيضاً قررت عدم مشروعية محل الإنجاب إذا كان بنطفة الغير أو ببويضة الغير، كذلك وحسنا ما فعلت المحكمة حين أرادت أن تدلي برأيها في هذا الموضوع بشكل يتسم بالعمومية في تحريم هذه الأفعال بين الأصدقاء أو بين الأزواج وسواء كان التبرع بنطفة أو ببويضة رغم أن المعروض عليها قضائياً هي مشكلة خاصة بصديقين ومحل التبرع فيها نطفة وليست بويضة وكان سند المحكمة فيما قررته أن السماح بتبادل الخلايا التناسلية يصل بالطفل إلى اعتباره في مصاف الأشياء وأن ذلك يتعارض مع مبدأ منع الاتفاق علي تغيير حالة الأشخاص. حكمت بقبول طلب الصديق والرجوع عن إقراره ببنوة الطفل، وحرصاً منها علي مصالح الطفل الذي تم تعريضه لمخاطر جسيمة ألزمت الزوج بدفع تعويض مائة ألف فرنك للطفل الذي تسبب الصديق في ميلاده يتيماً بدون أب^(١).

وتلد ولد الزنا وحينئذ لا يمكن الادعاء بأن إجراء وسيلة تلاقح طبي تلزم الزوج ألا ينكر نسب الطفل المتخلق منها أو أن يمنع من اتخاذ الوسائل الطبية المؤدية لأن يقف غير مشتتاً علي حقيقة نسب من ولدته زوجته له بمعاونة الوسائل الطبية المساعدة علي الإنجاب.

La C.A. toulouse. 21 sept – 1987, J-C-P-21988, 21035.

(١)

الفرع الثالث

موقف التشريعات المقارنة من الاستعانة بواهب في الإنجاب لأحد الزوجين

انقسمت التشريعات الأوربية إلى فريقين: أولهما مؤيد للتبرع بالنطف الآدمية لمساعدة الزوجين في الإنجاب سواء أن كان باجراً أو بغيره مع وضع ضوابط وشروط لهذا الفعل والأخرى رفضت القيام بتلك التقنية وسوف نعرض لكلا الاتجاهين رأيه على حده.

أولاً: التشريعات المقارنة المؤيدة لتبرع الغير بنطفة لمساعدة الزوجين:

أجازت التشريعات التي أيدت فكرة تبرع الغير بنطفة لمساعدة الزوجين في الإنجاب لإتمام الإنجاب بها، ولقد وضعت ضوابط شكلية وأخرى موضوعية علي هذه الإجازة المطلقة نستطيع أن نسردها من خلال النصوص القانونية للنظم الأوربية:

(أ) في حالة التبرع بنطفة للزوجين أو الصديقين:

اشترط المشرع الفرنسي في - المادة ٣١١/٢٠، ١٩ - والمضافة - للمادة ١٠ من قانون ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤^(١) - ما يلي :

يجب أن يصدر رضاهما في شكل رسمي أمام قاضي المحكمة الابتدائية أو الموثق اللذان يعلمان الزوج أو الصديق الذي قبل تلقيح زوجته أو صديقه بنطفة متبرع بكافة الآثار القانونية والاجتماعية المترتبة علي هذا القبول خاصة مسألة نسب الطفل ؛ لذا فإن القبول السابق لا ينتج أثره إلا إذا استمر إلى حين تمام الإنجاب فإذا رجع الزوج أو الصديق عن الموافقة أو توفي أحدهما أو تم طلاق الزوجين فإن الموافقة السابقة لا ترتب أي الآثار القانونية في الحالات السابقة شريطة أن يحدث ما سبق ذكره قبل حصول الإنجاب وأن يكون العدول عن الموافقة في شكل كتابي موثق.

فقبل صندوق القانون - رقم ٦٥٤ لسنة ١٩٩٤ م - والمتعلق بهبة، واستخدام منتجات الجسد الإنساني والمساعدة الطبية للإنجاب لم يتطلب المشرع

(١) التشريع الفرنسي رقم ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤ ، والخاص بالإنجاب الطبي المساعد، واحترام الجسد الإنساني وحمايته.

الفرنسي ثمة شروط هذا وقد نص المشروع الابتدائي لـ Braibant صراحة على إبقاء اللجوء إلى الإنجاب الطبي المساعد للأزواج الأحياء المتزوجين أو المعتبرين في حكم الأزواج^(١) ولكن بعد صدور القانون سالف الذكر اشترط المشرع شروطا وضوابط للإجراء هذه العملية.
رضاء الواهب بالتبرع بنطفة الأدمية:

ورضاء المتبرع شرط أساسى لإتمام عملية التبرع للتلقيح والدليل على ذلك - نص المادة ٦٧٥ / ٩ - من قانون العقوبات الفرنسي والمضافة - للمادة ١٧ من قانون ٦٥٣ / ١٩٩٤ م - ، والتي تقضي بالحبس ٥ سنوات وغرامة ٥٠٠ ألف فرنك علي كل من يتلقى أو يسحب خلايا تناسلية من شخص علي قيد الحياة دون الحصول علي رضائه بذلك كتابة. وفي هذا النص دلالة علي ضرورة الحصول علي رضا مسبق من المتبرعين بالدمم الجينية لغيرهم من المحتاجين لها وإلا تعرضوا هم والطبيب القائم بعملية السحب ويليها التخصيب والزرع إلي العقوبة الجنائية الواردة في المادة السابقة.
(ب) أما في حالة التبرع ببويضة مؤنثة:

فإن الشارع الفرنسي أوجب صدور قرار من السلطة القضائية المختصة بالموافقة علي قبول الزوجين أو الصديقين تلقيحها وزرعها في رحم الزوجة أو الصديقة، ولا تصدر الموافقة إلا بعد التيقن من دوافع وعلة الالتجاء لتلك الوسيلة وبحث أسبابها ودراسة لأثارها علي الزوجين والطفل وبيان مخاطرها للأطراف ومدى مسئوليتهم عنها. ولضمان إعمال القيود الشكلية السابق أفرد المشرع الفرنسي عقوبات جنائية تصل إلي الحبس سبع سنوات والغرامة التي تصل إلي (٧٠٠ ألف فرنك فرنسي) لكل من يتلقى بويضة مخصبة دون احترام الشروط القانونية السابقة.

(١) كان يعيش هؤلاء حياة مستقرة توحى بأنهما متزوجين أنظر د. محمد دوح المسلمي - الإنجاب الصناعي في القانون المدني - دراسة مقارنة - جامعة الزقازيق - ١٩٩٦ - ص ١٨٦.

(ج) الحفاظ على سرية الأصل الجيني للنطف الأدمية المتبرع بها:

اختلفت التشريعات المؤيدة لهذه الوسيلة على المتبرعة المتبرع بالخلايا التناسلية خشية حدوث المنازعات بين أطراف العلاقة الخاصة بالأبوة والأمومة بين الأب والأم المتلقيان للنطف والبويضات وبين المانحين لهما لما في ذلك من الآثار سيئة على الطفل الذي قد يجد لنفسه أكثر من أب أو أم أحدهم استعمل خلايا غيره التناسلية لإنجابيه والآخر هو صاحب هذه الخلايا؛ فيحدث للطفل بذلك تشتتاً ما بين الأب الاجتماعي والآخر البيولوجي فهو مسجل في سجلات الميلاد باسم الأب القانوني وينسب بيولوجي إلى أبيه صاحب النطفة فلمن منهما يدين بالفضل ويسعه بالحب ويوكله في أموره وتزيد الأمور سوءاً في حالة التبرع ببويضة مؤنثة حينما يجد الطفل نفسه في حيرة بين أمه الجينية وأمّه القانونية التي حملت فيه وأنجبته وأرضعته ولتوقى تلك الأضرار والمنازعات حرصت بعض التشريعات على الحفاظ على سرية المتبرعين وعدم الإفشاء بها تحت أي ظرف ولأي مبرر^(١) بينما أكدت أنظمة أخرى على حق الطفل في معرفة أصله البيولوجي كوسيلة يتوقى الاختلال النفسي الواقع على الطفل نتيجة رغبته الشديدة في معرفة أصله الوراثي فالقانون السويدي مثلاً أعطى الطفل حقاً في معرفة أصله البيولوجي ولكن ذلك لا يكون متاحاً له إلا بعد أن يصل عمره إلى ١٨ سنة وذلك بأن ألزم مراكز حفظ الخلايا التناسلية بالاحتفاظ بجميع بيانات المتبرعين لمدة ٧٠ عاماً على الأقل تبدأ من تاريخ التبرع والسماح لمن يصل من الأطفال إلى السن السابقة أن يتعرفوا على تاريخهم الوراثي وأصولهم الجينية^(٢).

(د) لا يجوز ممارسة الإنجاب نظير مقابل مادي للمتبرع:

فقد حظرت الأنظمة ذات الاتجاه المتحرر تقديم أي مقابل أي كانت صورته للمتبرع بالخلايا التناسلية وأفردت لمن يخالف ذلك الحظر عقوبات جنائية مشددة بالحبس والغرامة (م ١٦/٦، م ١٥٢/١٢، م ٥، م ٩١ من القانون الفرنسي، م ١٢ من القانون الإنجليزي، م ١/٥ من القانون الأسباني)

(١) المادة الخامسة من القانون الأسباني، م ٦٧٣/٦ من القانون الفرنسي.

(٢) م ٤، م ٣ من القانون السويدي رقم ١١٤٠ عام ١٩٨٤.

(هـ) خضوع عمليات التبرع للمؤسسات العامة:

لإضفاء حماية وأمان علي عملية التبرع بالنطف والبويضات الإنسانية، حظرت بعض هذه التشريعات ممارسة عمليات تلقي الخلايا التناسلية وإعادة منحها للراغبين إلا من خلال المراكز الحكومية المكلفة بهذا الغرض نظراً لأنها مؤسسات تتسم بشدة مراعاة تطبيق القوانين واللوائح بالإضافة إلى أنها لا تهدف من نشاطها تحقيق الأرباح التجارية بل مجرد تقديم خدمة عامة لجمهور المرضى. (م ٦٧٣ / ٥ من قانون الصحة العامة في فرنسا مضافة بالمادة ١٠ من قانون ٦٥٣ / ٩٤).

(و) حظر زيادة المواليد عن العدد المحدد من كل متبرع:

وضع بعض مشرعي أوروبا حداً أقصى لعدد المواليد التي يمكن إنجابهم من عينات كل متبرع ، وذلك بأن تتولى مراكز حفظ الخلايا التناسلية مراقبه ذلك عن طريق تدوين بيانات المتبرعين بشكل سري ، وتدوين حالات تلقي هذه العينات بحيث لا يجوز أن يزيد عدد المواليد الناتج من جراء استعمال نطف متبرع ما عن عدد معين لا يجوز تجاوزه ويجب إهلاك بقية العينات أو استخدامها في التجارب العلمية (م ٦٧٣ / ٤ من القانون الفرنسي والتي حددت هذا العدد بخمسة أطفال).

(ي) ضرورة أن يكون أحد طرفي الإنجاب من الزوجين أو الصديقين:

ولقد اختص القانون الفرنسي نفسه بهذا القيد حين منع الزوجين من تلقي نطفة منوية وبويضة أنثوية ثم زرع اللاقحة في رحم الزوجة بعد تخصيب البويضة بالنطفة إذ لا بد أن يشتمل الإنجاب علي خلايا أحد الزوجين التناسلية وأن يقتصر التبرع لهما أما علي نطفة ولما علي بويضة وقد يقصد القانون الفرنسي بذلك أن يقرر ضمان رابطة بيولوجية بين الطفل وبين أحد أبويه بدلا من أن يكون غريباً عنهما تماماً من الناحية الجينية (م ١٥٢ / ٥ من القانون الفرنسي). والغريب حقا أن القانون الفرنسي نفسه قد منع الزوجين مكنه الحصول علي بويضة أنثوية مخصبة بالفعل لإتمام الإنجاب بها رغم منعه السابق لهما عن الوصول إلى ذات النتيجة بالحصول علي الخلايا الإنسانية.

منفردة ثم إعادة تخصيبها وزرعها ونعتقد أن السبب في ذلك هذه التفرقة تكمن في أنه في الحالات التي يصاب فيها أحد الزوجين بالعقم الدائم فإن المطلوب هنا يكون التبرع بخلية لشخص المريض لإتمام الإنجاب أما في حالة إصابة الزوجين بالعقم الدائم فإن المطلوب هنا يكون التبرع بخلايا تناسلية مذكورة ومؤنثة لإحداث الإنجاب وهذا ما منعه المشرع الفرنسي عليهما بأن سمح لهما في المقابل بالحصول علي بويضة مخصبة بالفعل بدلا من قيام الزوجين بعملية تخصيبها مما قد يسمح لهما باختيار خلايا إنسانية ذكرية وأنثوية يتميز أصحابها بصفاتهم العقلية والجسمية لإحداث الإنجاب فيها بغرض إثراء صفات المولود أو يسمح لهما باختيار جنس الجنين حيث أن المشرع الفرنسي قد حرم الرغبات السابقة لذا فإن يحاول أن يسد كل الطرق التي يمكن أن تؤدي إلى تحقيقها.

ثانيا - التشريعات المقارنة المعارضة لتبرع الفير بنطفته لمساعدة الزوجين أو الصديقين .
وعلى نقيض الرأي السابق توجد أيضاً التشريعات التي قيدت ذلك التحرر بالسماح بالتبرع بالنطف المنوية دون البويضات الأنثوية المخصبة وغير المخصبة^(١) وأيضاً القانون السويدي الذي منع ممارسة وسيلة أطفال الأنايب إلا في علاقة زوجية بأن تتم بخلايا الزوجين التناسلية دون قبول فكرة التبرع مطلقاً وأيضاً منع التبرع بالبويضة في صورة ناقصة وكاملة خلوية^(٢). نرى أن المشرع قد أخفق عندما فرق بين النطف المنوية والبويضات الأنثوية لأن هذا التفريق لن يخدم المسألة أو يغير من المشكلة بل بالعكس سوف تصبح النتيجة واحدة في الحالتين وهو إنجاب الطفل.

الفرع الرابع

موقف الشرائع السماوية من الاستعانة بواهب في الإنجاب لأحد الزوجين

أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من الاستعانة بواهب في الإنجاب لأحد الزوجين:

موقف الشرع الإسلامي من التوجهات القانونية والقضائية السابقة إلى إجازة إحداث الإنجاب بخلايا غير الزوجين التناسلية أنها محرمة شرعاً؛ والسبب

(١) كالقانون الألماني في المادة الأولى فقرة أولى من القانون الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٠.

(٢) المادة الثانية فقرة ٣ من القانون السويدي رقم ١١٤٠ عام ١٩٨٤.

فى ذلك أنه لا علاقة بين صاحبة البويضة والرجل صاحب النطفة الذكرية (الواهب).

ونحن نرى أن هذه العلاقة تندرج تحت معنى الزنا؛^(١) وذلك نظراً لما تؤديه من اختلاط الأنساب وفسادها، ومع أن هذه الصورة لا تأخذ حكم الزنا من حيث وجوب الحد لعدم وجود صورة الزنا إلا أنها تستوجب العقاب لكل أفراد العلاقة. هذا بالإضافة أنها تشبه نكاح الاستبضاع الذى سبق أن تكلمنا عنه. هذا وقد كان هو اتجاه دار الإفتاء المصرية عندما أفتت فى هذا التجاوز بأن تلقيح الزوجة بماء زوجها جائز شرعاً ويثبت به النسب، أما تلقيحها بماء غير زوجها فحرام؛ لأن فيه معنى الزنا وكذلك لو أخذ مني الزوج ولقحت به بويضة امرأة أجنبية عنه؛ وأن الإنجاب فى الأنبوب بماء زوجها وأعيد إلى رحمها فلا مانع له^(٢).

الولد الذى يجيء ثمرة لهذا الإنجاب لا يثبت نسبه إلى الزوج صاحب الفراش؛ لفقدان شرط من شروط ثبوت النسب وهو كون النطفة منه، وإذا كان الإسلام قد حرم هذا تماماً فمن الأولى تلقيح بويضة المرأة بنطفة واهب يعد دون شك أفظع جرماً وأشد نكراً من التبني^(٣). فهذا الأخير يقتصر الأمر فيه على أن ينسب الإنسان ولداً يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه فالولد المتبنى إذن نتاج ماء أبيه ألحقه رجل آخر بأسرته، وهو يعلم تماماً أنه ليس منه ليصبح بذلك أحد أفراد هذه الأسرة زوراً وبهتاناً وله ما للأبناء من أحكام.

فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه سمع رسول الله - ﷺ - يقول حين نزلت آية الملاءنة بين الزوجين "أيا امرأة أدخلت على قوم رجلا ليس منهم فليست من الله فى شئ، ولا يدخلها الله جنته، وأيا رجلاً جحد ولده وهو ينظر

(١) لمزيد من الإيضاح راجع ص ١٤ من ذات الكتاب.

(٢) مجموعة الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، الجزء التاسع، الفتوى رقم ٣٢٢٠، وأنظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(٣) د/ محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص ١٠٤، - د/ عطا السنباطى بنوك النطف والاجنة - بنوك النطف والاجنة - ١٤٢١ - ٢٠٠١ م دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع ص ٢٣٣، ٢٣٤.

إليه احتجب الله منه وفضحه علي رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة^(١) فإذا كان التبني بهذا المعنى جريمة فإن الإنجاب بمنى غير الزوج يعد بالمقارنة مع التبني جريمتين وليس واحدة، إذ يتماثل مع التبني من حيث أن الرجل في كلاهما ينسب إليه ولداً يعلم أنه ليس أبيه ويزيد عليه التقاؤه مع الزنا في إطار واحد، لما يؤدي إليه من إدخال ماء رجل أجنبي في حث امرأة غريبة عليه.

ثانياً: موقف الديانة المسيحية واليهودية من الاستعانة بالواهب في الإنجاب لأحد الزوجين:

تؤيد الديانتان المسيحية واليهودية ما ذهب إليه الشرع الإسلامي من أن تلقيح الزوجة بمنى غريب عنها غير مشروع طبقاً للديانة المسيحية؛ حيث يعتبر ذلك حرقاً للعهد المشترك بين الزوجين ويؤدي إلى حرمان الابن من الأمومة أو الأبوة وطبقاً للديانة اليهودية؛ حيث يؤدي إلى ميلاد طفل خارج نطاق العلاقة الزوجية مما يفقده نسبه، فضلاً عن أنه قد يؤدي إلى ارتكاب جريمة زنا المحارم^(٢). وقد كان هذا هو اتجاه دار الإفتاء المصرية عندما أفتت في هذا التجاوز بأن تلقيح الزوجة بماء زوجها جائز شرعاً ويثبت به النسب، أما تلقيحها بماء غير زوجها فحرام؛ لأن فيه معنى الزنا وكذلك لو أخذ منى الزوج ولقحت به بويضة امرأة أجنبية عنه وأن الإنجاب في الأنابيب بماء زوجها وأعيد إلى رحمها فلا مانع له^(٣).

الفرع الخامس

موقف المشرع المصري من الاستعانة بالواهب في الإنجاب لأحد الزوجين

لا يعترف القانون المصري لمثل هذه الوسيلة محل البحث لأن ذلك يعتبر في حكم الزنا المنهي عنه في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة. ولذلك يقتصر الطلب في اللجوء لوسائل الإنجاب الصناعي على المتزوجين فقط دون تدخل

(١) سنن أبو داود ج ٢، دار الحديث، ١٩٨٨، ص ٢٨٧، الجامع الصغير، للسيوطي، الجزء الأول، ص ١١٨.

(٢) Tinck, L Mond 4, avril 1987, P.12

(٣) مجموعة الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، الجزء التاسع، الفتوى رقم ٣٢٢٠، وأنظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

الغير فإذا ما تدخل هذا الأخير (الغير) في وسيلة الإنجاب - كان متبرعاً أو معطياً منه أو ببيضتها - عد ذلك أمر غير مشروع لمخالفته الشريعة الإسلامية وللنظام العام والآداب العامة في مصر. ومن ثم يقتصر الطلب للإنجاب الصناعي علي الأزواج حال حياتهم.

تقييم الباحثة:

بعد أن إستعرضنا الاتجاهات السابقة بين مؤيد ومعارض من عملية الاستعانة بنطفة متبرع بدل من أحد الزوجين للإجراء عملية الإنجاب والتي استهدفت مساعدة الأزواج العقيمين في إنجاب الولد فإنه إزاء الصعوبات التي واجهها الفقه القانوني بهذا الشأن وخاصة مصالح الطفل الناتج جراء هذه العملية وعندئذ يمكن القول بأن جوهر حماية الطفل يكمن في الاستئثار بالحظر والمنع من تطبيق هذه العملية.

حتى ولو كان الغرض من تحقيق مصلحة تتمثل في إنجاب الولد للزوجين العقيمين ويمتد أيضاً ليحتج به في مواجهة الواهب نفسه القائم بالتبرع حماية لنسبه الذي يتنازل عنه لغيره سواء أن كان بمقابل أو بالتبرع ولحقه في المحافظة على نطفه المنوية وحظر التصرف بها، ويمتد مبدأ الحرمة ليثبت أيضاً في تحريم دخول ماء غير الزوج في رحم زوجته وهو ما يستوجب احترام بضائع المرأة وعدم إمتهانها أو إنتهاك حرمتها وإذا كان للإنسان أن يتصرف بنطفه فإن هذا الحق يتقيد بقيود مصدرها القانون والدين والأخلاق.

إلى من سينسب هذا الطفل الناتج من جراء هذه العملية المهينة هذا إذا كان الواهب أو المتبرع معروفاً أما إذا كان هذا الأخير مجهولاً، هل سيطبق على الطفل احكام اللقيط وستولد هناك مشاكل عديدة أغفلها المميزون للتبرع بالنطف الآدمية ونرى أن البلاد الغربية هي أول من نادى بمثل هذه الطريقة في رأى يرجع هذا إلى تطبيق قوانينها لنظام التبني والاعتراف به فعندما يلجأ الزوج إلى تلقيح زوجته أو صديقه بمنى رجل آخر ويعدها يعترف بوالديه هذا الولد المتولد من نسب غيره نرى أنه هناك بعض أوجه الشبه في نظام التبني من حيث أنها تتفق في موافقة الزوج على تسجيل طفل يحمل اسمه كالتبني وتختلف عنه

فى التبرع بالنطفة التى يتوافر فيها مبدأ عدم احترام المائتين الناتج منه الطفل بعكس التبني الذى يمكن فيه أن يكون الطفل من أبوين بيولوجيين.

نحن نؤيد القضاء الفرنسى لعدم اعتداده بإقرار الزوج أو بموافقته لتخصيب زوجته بواسطة واهب بنطفته الذكرية فهذا الإقرار ليس له قيمة قانونية باعتبار أن هذا الأب ليس الأب البيولوجي لهذا الطفل هذا بالإضافة إلى أنه يبطل كل اتفاق على ذلك بموجب - المادة ٣١٣ م فرنسي - بما يؤكد بطلان الاتفاق السابق ونرى فى هذا أن الأخذ بعدم الاعتبار بإقرار الزوج بالموافقة شبيه بموقف رأى صاحبة الرحم البديل وعدم الأخذ به عندما أقرت بالموافقة على تأجير أو التبرع برحمها لحساب الغير ألا تشاركني الرأي فى أن هناك أوجه تشابه بين موقف تبرع الرجل بنطفته المنوية وتبرع المرأة برحمها لمساعدة الأزواج العقيمن.

وهناك سؤال يدور فى ذهني ماذا لو تراجع صاحب النطفة المنوية المتمثل فى صورة

الواهب عن قراره بالتبرع بنطفته للزوجين بعد تخصيب الزوجة وإنجاب الولد بعجة أن هذا الولد من صلبه.

هل يحق له استرداد نسب الطفل باعتباره الأب البيولوجي له أم أنه ليس من حقة نسب الطفل إليه على أساس موافقته السابقة بالتنازل عنه ضمنا بالتبرع للغير أم أن الولد سينسب للزوجة باعتباره ابن زنا؟

للإجابة من وجهة نظري على السؤال السابق للأنظمة التى أباحت مثل هذا الصنيع : نرى أنه يحق للأب البيولوجي (الواهب - المتبرع) أن يسترد الولد ؛ لأن موافقته على التبرع بمنه للغير لا يعترف بها قانونا حيث أنه لا يجوز التصرف فى النطفة الأدمية أو التنازل عنها لعدم اعتبارها من الأشياء هذا بالإضافة إلى أن هذه المسألة تخضع للنظام والآداب العامة مع العلم بأنه يحق للأب بالولاية الرجوع على الأب البيولوجي بالتعويض من خلال المطالبة القضائية عما تكبدته من معاناة ومصاريف على الطفل.

وخلاصة القول نؤيد الرأي المنوط بأن هذه الصورة محرمة شرعا ؛ وذلك لأن منى الزوج غير محترم هنا - سواء فى حال الإنزال أو فى حال الإدخال - وبالتالي لا يثبت النسب منه للزوج.

وانطلاقاً مما سبق تبين لنا أن الماء وقت إنزاله إنما قصد به تخصيب بيضة جنينية وهذا ممنوع وغير جائز. وبالتالي يكون المني غير محترم شرعاً وكذلك البيضة ولا يثبت النسب يهما لأصحابها البيولوجيين لعدم احترامها ؛ لأنه إذا كان الفقهاء كما سبق نصوا علي : عدم لحوق النسب إذا كان المني وقت الإنزال غير محترم ؛ كما إنه إذا كان بسبب الزنا وأن كان وقت الإستدخال محترم لقيام علاقة الزوجية حيثئذ فمن الأخرى في هذه الصورة ويكون حكمها التحريم وعدم ثبوت النسب من الواهب صاحب المني غير المحترم. وكذلك الزوج أيضاً وإنما يثبت النسب في هذه الحالة للأم التي حملت ووضعت فقط كابن الزنا.

المطلب الثالث

حكم تلقيح امرأة أجنبية بمنى رجل أجنبي خارجياً ثم زناعه. في رحم امرأة أجنبية

المقصود هنا أن نطفة الرجل ونطفة لإمرأة لا تربطهما علاقة زوجية، ويتم تلقيحهما، وبعد ذلك يعاد زرع البيضة المخصبة في رحم امرأة أخرى (رحم مستأجر).

في الغالب تتم هذه الصورة المستخدمة في بنوك النطف والأجنة ؛ لأنها تفترض وجود عدة عناصر أجنبية عن بعضهما هم صاحب النطفة الذكرية وصاحبة النطفة المؤنثة وصاحبة الرحم، والفرض هنا أن المرأة راغبة الإنجاب قد يكون معلوم لها أصحاب النطف أو مجهولون.

أ- حكم هذه الصورة:

نحن نرى أن الرد على هذا الحكم في قول الله تعالى " أم جعلوا لله شركاء خلقوا كخلقه فتشابه الخلق عليهم قل الله خالق كل شيء " (١).

هذا الأسلوب حكمه التحريم وعدم الجواز ؛ لأنها تتكون من ثلاثة أطراف لا يوجد علاقة مشروعة بينهم ؛ إذ أن صاحب النطفة الذكرية أجنبي وصاحبة النطفة الأنثوية أجنبية وكذلك صاحبة الرحم، التي يطلق عليها أحيانا

(١) سورة الرعد الآية ١٦

بصاحبة الرحم الجماعي^(١)، وغالبا ما تتم هذه الصورة بشراء الجنين مجمدا من مراكز أو بنوك الأجنة ثم زرعه فى رحم من قامت بشرائه. وأحيانا يتم الشراء لحساب زوجين عقيمين وفى هذه الحالة تقوم بالحمل امرأة مانحة أو متبرعة برحمها، وفى الدول التى تمارس مثل هذه الوسائل تسمح للزوجين العقيمين بتبني المولود.

ومن منطلق ما سبق نرى أنه إذا كان نظام التبني محرم فمن باب ادعى تكون هذه الصورة محرمة أيضا.

وسوف افترض أن هناك طفلا نتج من هذه العملية لا قدر الله ارى ان حكم النسب له سيكون للام التى ولدته اى كطفل الزنى تماما كما أود ان أضيف مسمى على هذه العملية وهو زنى النطف لان الزنى فى معناه وليس فى وصفه هذا وقد جاء فى سورة مراتب إبتداء بزنى العيون وانتهاء بزنى الفروج والعياذ بالله وأضيف اليوم بأن بينهما زنى النطف.

ولتوضيح نظام التبني الذى يمنح للعقيمين ولقرب الشبه بينه وبين صورة الإنجاب بالطريقة سالفه الذكر سوف نقوم بعرض موجز له وذلك من خلال نظم الشريعة الاسلاميه ثم القوانين المقارنة.

لا شك من أن الزوج الذى يتبنى المولود بالطريقة السابقة المحرمة لا يكون ابنا له شرعا بل يكون مقطوعا بنفيه لأن النطفة تكون من رجل آخر، وبهذا يكون اشد نكرا من التبني بمعنى أنه يثبت الإنسان لنفسه ولدا يعرف قطعا أنه ابن غيره لأنه مع هذا المعنى قد يلتقي مع معنى الزنا، والزوج الذى يقبل أن تحمل زوجته نطفة غيره سواء بالزنا الفعلي أو بما فى معناه كهذا الإنجاب رجل سماه الإسلام ديوثا هذا والتبني على أى صورته قد حرمه القرآن فى محكم آياته ولقول الله تعالى: (وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ)^(٢).

(١) وأول من طبق عليها هذا النوع أنجيلا الايطالية التى حملت بجنينين كل منهما من اب وام مختلفين فى نفس الوقت يتم التمييز بينهما عند الميلاد بتحليل الدم، وعندما هاجمها البعض قالت: هذا شيء جميل لأننى اساعد من لا يستطيع الإنجاب.
(٢) سورة الاحزاب الآية ٤

وقوله تعالى : اَدْعُوهُمْ لَابَائِهِمْ هُوَ اَقْسَطُ عِنْدَ اللّٰهِ فَاِنْ لَمْ تَعْلَمُوْا اَبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّيْنِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا اَخْطَاْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوْبُكُمْ وَكَانَ اللّٰهُ غَفُوْرًا رَّحِيْمًا^(١).

ب - رأى القانون الفرنسي فى نظام التبني الممنوح للزوجين :

- شجعت القوانين الفرنسية نظام التبني للمتزوجين حيث أنها وضعت لهما شروطا لهذا النظام.

- ظهرت هناك حركة تنادى بتحرير المرأة وضرورة الاعتراف لها بالمساواة مع المرأة غير المتزوجة ليس فقط فى إمكانية أن يكون لديها طفل، ولكن فى أن تتبنى طفلا أن أرادت.

- فى الوقت الذى أصبحت الأصوات تنادى بضرورة عما إذا كان الفقه الفرنسي يعد اعتراف المرأة بحقها فى الأمومة مع التسليم بأن فكرة الأسرة لم تعد تنحصر فى الفكرة التقليدية المتمثلة فى الرابطة الزوجية بل تتجه إلى العودة إلى الأسرة الأمومية ورغم انتشار عيوب نظام التبني وكونه أصبح يأخذ شكل تجاريا باتت الأصوات تنادى بمنع تجارة الأطفال المتبنين^(٢).

وجدير بالذكر نود الإشارة إلى أن هناك خلطا عند بعض الأشخاص بين ثبوت النسب بواسطة الإقرار والتبني المعروف فى البلاد الغربية، وغير التبني الذى يدعو اليه البعض هنا تفريجا لازمة اللقطاء كما يقولون، كما أن النسب الذى يقره القانون الفرنسي مثلا فهو عقد ينشئ بين شخصين علاقات صورية ومدنيه محضة لأبوة وبنوه مفترضة، ولذلك يكون له أبوان معروفان، فهو يماثل ما كان عند العرب فى الجاهلية وقضى عليه الإسلام، فقد جاء فى القرآن بصدد هؤلاء الأبناء قوله تعالى (وما جعل أدياءكم أبناءكم) (أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله)^(٣) وإذا فهذا التبني لا يعترف به الإسلام ولا يثبت أبوة ولا بنوة ولا اية علاقة

(١) سورة الاحزاب الآية ٥

(٢) د / على حسين نجيدة ص ١٧ ، ٢٩ المرجع السابق ، د / اسامة عبد الله فايد المرجع السابق ص ٣٢٤ ، ٣٢٥.

(٣) سورة الاحزاب من ايتي رقم (٤ ، ٦)

شرعية أخرى بين الرجل المتبني، والولد المتبني وأما الطفل اللقيط فقد عني الفقه الإسلامي بتحديد مركزة وبيان أحكامه، ومن هذا الأحكام أنه إذا ادعاه واحد من الناس ثبت نسبه منه ؛ لأن ذلك في مصلحته وهذا ليس معناه ثبوت النسب لكل من يدعي واحد من هؤلاء اللقطاء، بل لا بد من توافر الشروط التي عرقناها فيما سبق.

فى الوقت الذى انتشر فيه الاتجار بالأطفال فى مصر وبيعهم فى الخارج^(١) وذلك لماذا؟ هل هناك غياب للعقل أم رجع بنا الزمن إلى عصر ما وراء الجاهلية أى عصر تجارة الرقيق الأبيض فى سوق عكاظ؟

لذلك لم يغفل المشرع المصرى قانون الطفل، ووضع المواد المشددة، حيث أنه جعل فى جريمة الاتجار بالأطفال السجن والغرامة المشددة كحد أدنى عشرون ألف جنية واقصى وخمسون ألف جنية، وجدير بالذكر بموجب قانون الطفل إذا كان أكثر من فرد تضاعفت العقوبة^(٢)، وهذا ما يقوله البعض.

^(٣) أين ضمير الطبيب ونحن نرى أن النظم الأخلاقية باتت تتغير، وذلك على المستوى الفكرى والاجتماعى والاقتصادى، وأن لبعض الأغنياء ورجال الأعمال مآرب فى تجارة الأطفال وهم المستفيدون منها ولا عزاء للفقراء.

وتبادر إلى ذهني سؤال طرحه^(٤) أحد علمائنا الأجلاء: أين نحن من خريطة العالم؟ أعتقد أن الإجابة على سيادته وضحت من خلال الفقرات

(١) كشفت هذه العمليات عن طريق بلاغ من السفارة الأمريكية ببيع الاطفال حديثى الولادة واولاد السفاح بين مصر وامريكا.

(٢) د / مشيرة خطاب وزيرة التعاون الدولى.

(٣) جاء فى برنامج المساء قناة دريم الفضائية - يوم ٢٠٠٩/١/١٢ وكان ضيوف الحلقة

د / سعيد المغربى والاستاذ مجدى الجلال رئيس تحرير جريدة المصرى اليوم مقابلة

موضوعها سماسرة الاطفال أصدر النائب العام قرار احالة ٤٠ متهم إلى الجنايات،

وقال د / سعيد المغربى رئيس الادارة المركزية للجهات الغير حكومية اغلقت

مستشفيات عن طريق وزارة الصحة حوالى ١٢٥٨ عام ٢٠٠٧، ٦٥٠ عام ٢٠٠٨ كان

يتم فيها إجهاض وعمليات قيصرية وكانت تتم الثقة قبل الولادة مباشرة أثناء حمل

الام ومنهم مستشفى الأندلس بالقاهرة على جسر السويس

(٤) الدكتور احمد زويل أثناء إلقاءه محاضرة فى الرياض

السابقة^(١).

كما سبق يتضح لنا أن العلة في تحريم التبني دليل على اعتبار الشريعة الإسلامية للأب والأم البيولوجيين طالما تم ذلك في إطار التنظيم الذي وضعتة الشريعة الإسلامية وعدم اعتبارها للتبني لمخالفته للحقيقة والعدالة، خلافا لما ذهبت إليه بعض القوانين في الدول الأوروبية^(٢).

جـ - ماذا يحدث لو: ظهر أحد أبوي اللقيط^(٣). ولا سيما أن الشخص المتبنى أخذ هذا الطفل بالطرق القانونية والقنوات الشرعية لتبني هذا اللقيط؟

للإجابة على هذا السؤال نقترح على المشرع ضرورة طلب تشريعي يحدد فيه حدود العلاقة بين اللقيط ومن يتبناه من حيث إمكانية إسترداده لأحد والديه، ولحل هذه المشكلة لا بد من أنه يحدد فيه فترة زمنية معلومة بعد التبني ولتكن سبع سنوات، بعدها لا يحق استرداد أحد الأبوين للطفل إلا بعد موافقة صريحة من المتبنى والطفل اللقيط هذا من الناحية الزمنية، أما من الناحية المالية يحق للشخص المتبنى الرجوع على أحد والديه بما أنفقه على اللقيط خلال هذه المدة السابقة عن ظهورهم.

وقد اعتبرنا مجمع الفقه الاسلامي المنعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة هذه الحالة محرمة حيث جاء في قرار المجمع الأسلوب الخامس " أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبارين نطفة رجل وبيضة امرأة ليست زوجة له يسمونهم متبرعين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة، ويلجأ إلى ذلك حينما تكون المرأة الزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها، لكن رحمها سليم وزوجها أيضا عقيم، ويريدان ولدا فحكم هذه الحالة التحريم، لأن البذرتين الذكورية والأنثوية فيها ليست من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين^(٤).

(١) د/ احمد زويل - الرياض محاضرات علمية - موضوعها غياب الحرية سبب تخلف الامة العربية - العدد ١٣١ / ١٦ يناير ٢٠٠٨ مجلة روتانا

(٢) كما الحال في فرنسا: اباحت قوانينها التبني وخاصة للمتزوجين

(٣) فعيل بمعنى مفعول والتقطه كذلك، ومن هنا قيل التقطت الشيء: جمعته ولقطت العلم من الكتب لقطا، واللقيط هو: الطفل غير البالغ الذي يوجد في الشارع أو ضال الطريق ولا يعرف نسبه.

(٤) قرارات مجلس المجمع الفقهي الاسلامي في دورته السابعة منشور ضمن مؤتمر الإنجاب في ضوء الاسلام - ص ٤٨٠ ٤٧٩ ومرجع السابق.

المطلب الرابع

الإنجاب الصناعي بين الزوجين بهدف تحديد نوع الجنين

(فسيولوجيا تحديد نوع الجنين)

لا شك من أن هناك بعض العمليات التي تصاحب التعامل على الرحم ، وذلك في الفترة التي يتم بها التخصيب حيث أمكن للأطباء المتخصصين إمكانية السيطرة والتحكم على نوع الجنين وذلك من خلال فصل الحيوانات المنوية عن البويضات. وهذا الاختيار يتم وفقاً لصاحب الشأن إن كان يريد ذكراً أو أنثى ويقومون بحقنها في المكان المناسب من الجهاز التناسلي لصاحبة الرحم الحامل للنطف^(١).

١- موقف الشريعة الإسلامية من الإنجاب الصناعي بين الزوجين أو وصاحبة

الرحم المستاجر) بهدف تحديد نوع الجنين^(٢).

١- آراء المؤيدين لهذه التقنية

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنها تقنية مرغوبة لسد النقص في عدد الذكور خاصة في حالات الحروب عندما يتم حصد عشرات الآلاف منهم فيجب تعويض هؤلاء القتلى باختيار الجنس الذكرى. ويرى أصحاب هذا الرأي أن هذه التقنية تؤدي إلى حماية الأسر من التفكك نتيجة للتهديد بالطلاق بسبب إنجاب الإناث فقط، ما يكون له أثر واضح في الوقاية من شيوع تعدد الزوجات

(١) أحمد الجابري - بحث مقدم الى ندوة الضوابط الاخلاقية في تطبيق تقنية الاخصاب الطبي المساعد في علاج العقم بجامعة الازهر سنة ١٩٩٧ تقرير للدكتور: سيد عزب عن الانجاب الصناعي مقدم في ندوة الاساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي بجامعة القاهرة سنة ١٩٩٣. ص ١٢٩. - أحد أساتذة الطب المتخصصين: طفل الانبوب والانجاب الصناعي ص ٧٠ وما يليها.

- المرجع السابق - نفس الصفحة - مجلة طبيبك - العدد ٣٣٧ مايو ١٩٨٦ ص ٨٦ - اضرار الحمل التكنولوجي

(٢) ومؤخراً هناك رأي اخر مؤيد حيث جاء في برنامج تلفزيوني يدعى البيت بيتك " بتاريخ ٢٩ - ٣ - ٢٠٠٨ ووجه مذييع البرنامج سؤال عبر الهاتف إلى الدكتور عبد الفتاح الشيخ عضو مجمع البحوث الإسلامية

كما يرون أن هذه التقنية تؤدي إلى تحقيق التوازن العائلي بين عدد الذكور والإناث في تلك الأسر وأخيرا تمكن هذه التقنية من الوقاية من الأمراض التي تتعلق انتشارها بأحد الجنسين دون الآخر^(١).

ويرى بعضا من الفقهاء^(٢) أنه يجوز تحديد نوع الجنين ولكن إباحته مرهونة بشروط هي:

- أن تكون هناك ضرورة مثل انتقال العيوب الوراثية.
- ألا يكون هذا مطبقا بصفه عامة على مجتمع مسلم.
- يشترط في الإنجاب توافر وسائل الأمان وضمانة عدم اختلاط الحيوانات المنوية.
- أن يتم هذا الإنجاب حال حياة الزوج.

ب- آراء المعارضين لهذه التقنية

يعارض المانعون لتحديد واختيار نوع الجنين قبل تكونه^(٣)؛ لأن ذلك يؤدي إلى الاختلال بين النوعين وذلك لأن النفس البشرية غالبا ما تميل إلى الذكور حتى يحمل اسم العائلة أو لأسباب أخرى مثل الميراث..... وغالبا ما يحدث ذلك في دول العالم الثالث، فلو سلمنا جدلا وتركنا اختيار النوع للرغبة سوف يؤدي ذلك إلى اختلال التوازن الكمي بين الجنسين مما يؤدي إلى تأخر سن الزواج وشيوع الاستمتاع الجنسي الغير شرعي لعدم كفاية عدد النساء للزواج بل وقد يشترك أكثر من رجل في الزواج بنفس المرأة.

(١) راجع: د/هشام سليمان ابو عودة، اختيار جنس الجنين (ولد ام بنت) مجلة العربى الكويت ١٩٩٦م ص ٤٥٠ - د/ايمان ابو الروس مولودة كالجديد ولد ام بنت الطبعة الاولى مكتبة ابن سينا القاهرة ١٩٨٨م ص ٢٥ - د/كارم غنيم المرجع السابق ص ٢٨٧، ٢٨٨.

(٢) ومؤخرا هناك رأى اخر مؤيد حيث جاء في برنامج تلفزيوني يدعى البيت بيتك " بتاريخ ٢٩ - ٣ - ٢٠٠٨ ووجه مذيع البرنامج سؤال عبر الهاتف إلى الدكتور عبد الفتاح الشيخ عضو مجمع البحوث الإسلامية.

(٣) انظر بالتفصيل الدكتور يوسف القرضاوى - الدكتور حسن حتوت - الدكتور ماهر حتوت - الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة - ندرة الإنجاب في دول الاسلام

سوف تؤدي بنا هذه التقنية إلى انهيار القيم الأخلاقية لأنها سوف تحول المولود إلى مجرد سلعة من نوعين يختار الناس منها ما يريد وطبعاً ستكون سلعة الذكور.

ستكون الأنثى في مرتبة متدنية ومكانة متواضعة بما لا يتفق تماماً مع الشرع الاسلامي الذي كرم تكريماً عظيماً للمرأة فرفع من شأنها وأحترم آدميتها^(١)، ومثال على ذلك قد حرم الله وأد البنات وقضى على الجاهلية من العقائد الباطلة إذ يقول الله تعالى: **لَوْ إِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ (٨) بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ**^(٢).

يرى البعض^(٣) أنه إذا كان الإنجاب بماء الزوج القصد منه اختيار نوع الجنين فإن هذا السلوك لا تطمئن النفس إليه، إلا إنه رغم ذلك قد يباح عند الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة كان تكون المرأة مهددة بالطلاق من زوجها لعدم إنجابها الولد.

كما بشر رسول الله - ﷺ - الذين يرزقون إناثاً بالخير والشواب العظيم ونهى عن مجرد كراهية الإناث.
ج - رأي الباحثة:

نرى من جانبنا أن الرأي الراجح هو الرأي المعارض لهذه التقنية، وذلك لأنه يمتلك من صدق الحجة، فاختيار نوع الجنين يمثل اعتراضاً على المشيئة الإلهية، فعلى فرض إمكانية تحقيق تحديد نوع الجنين فإن الرغبة سوف تميل إلى إنجاب الذكور مما يؤدي إلى اختلال التوازن بين النوعين، إذ يقول القرطبي في تفسير قوله تعالى: **إِلَهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ۖ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**^(٤).

(١) دكتور الشحات ابراهيم محمد، التحكم في جنس المولود في ميزان الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، (بدون تاريخ نشر) ص ٤٨.

(٢) سورة التكوين، الآية ٨، ٩.

(٣) د / يوسف القرضاوى فتاوى معاصره ج ١ ص ٥٦٣ نشر دار القلم بالقاهرة ط ١٤١٨ هـ ١٩٩٨ م د / احمد الجابري المرجع السابق.

(٤) سورة الشورى ٤٩ - ٥٠.

لَوْ مِنْ آيَاتِهِ خَلَقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ^(١)
تدل هذه الآية الكريمة على أن التمايز لالتفضيل جنس على آخر من
كمال الخلق وإن حتمية التباين فى النوع مسألة يستند عليها البقاء والعمران
الاجتماعيين .

نرى أن الحكمة من مشروعية الإخصاب الصناعى بين الزوجين ترجع
إلى تحقيق الغرض العلاجى من حدوث خلل فى وظيفة من وظائف الأعضاء
التناسلية من إحدى الزوجين وبناء عليه فلا يجوز شرعا الاستعانة بطريقة
الإخصاب الصناعى ؛ لتحقيق الرغبات الإنسانية الجامحة كإختيار نوع الجنين .
ومما لا شك فيه أن سر الحياة يكمن فى إختلاف الجنس البشرى وليس
فى تماثل الجنس البشرى . فقد ميز الله - عز شأنه - الإنسان بصفة التفرد
وجعل التباين بين نوع البشر ضمانا لإحتياجهم بعضهم لبعض وضمانا لبقاء
الجنس البشرى .

إن الإدعاء بأن التحكم فى تحديد نوع الجنين سوف يؤدى بنا إلى عدم
إنتشار مرض معين وراثى أو إلى عدم وجود تفكك أسرى ، فى رأى هذا الادعاء
يتنافى ويتعارض مع أدنى مقتضيات العقل والمنطق .

أما بالنسبة إلى رأى القائل بأن إختيار نوع الجنين يباح ؛ لأن الحاجة
تنزل منزلة الضرورة رغم أن النفس لا تطمئن إلى ذلك فنحن لا نوافقه الرأى
لأن الحاجة هنا ليست معيارا للضرورة هذا بالإضافة إلى أنه المبرر الذى اعتمد
عليه أصحاب هذا الرأى غير صحيح لأن الجين هو الذى يحدد نوع الجنين فلا
عبره بخوف المرأة من أن يطلقها زوجها إذ يقول الله تعالى : **لَوْ رِئُكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ
وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ الْخَيْرَةُ سُبْحَانَ اللَّهِ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ**^(٢)

أنا لست ضد التطور العلمى طالما أن هناك معيارا لمصلحة البشرية . فهل
يضمن لنا أنصار هذه الرغبة الجامحة لأختيار أو تحديد نوع الجنين نفع ورخاء
البشرية ، واحترام قاعدة سد الزرائع .

(١) سورة الروم الآية ٢٢

(٢) سورة القصص ٦٨

المشكلة هنا تنحصر من وجهة نظري إلى أن البعض من هؤلاء العلماء لا يضعون حدوداً لهذه الابتكارات أو الاكتشافات حيث أنه ليس المهم الاكتشاف في حد ذاته ولكن المهم على من سيطبق وما الفائدة المرجوة من تطبيقه. وهنا تبادر إلى ذهني مقالاً في جريدة الاخبار بعنوان (جنين نصف انسان ونصف حيوان)، وهو آخر تقاليع العلم لعلاج البشرية، وهو عبارة عن جنين مهجن نصف أنسان ونصف بقرة، والهدف كما يؤكد العلماء ليس إنتاج وحش، وإنما الحصول على خلايا جذعية لعلاج أمراض بشرية، ويبرر العلماء الخليط الغريب بين الإنسان والحيوان كما جاء في التحقيق الذي نشرته مجلة "سيانس ايه في" الفرنسية بأنه خطوة مهمة لدراسة التكون الجنيني للأمراض العصبية مثل الشلل الرعاش والزهايمر والتي لم يتوصل الطب لعلاج لها حتى الآن، ولتحقيق هذا الأمل تولدت فكرة المشروع الغريب ١/٢ أنسان و ١/٢ حيوان لتكوين الآف الأجنة المهجنة ويتم الحصول عليها من مبايض البقر والماعز التي يتم ذبحها، وعملاً بنظام الاستنساخ يتم نزع نواة بويضة الحيوان، ووضع نواة الخلية البشرية، ثم استئثارها لتبدأ في الانقسام وبعد ٦ أيام تؤخذ الخلايا الجذعية لإنتاج سلالات منها، ويؤكد العلماء أن الجنين الذي يتم تلقيحه لا يستطيع أن ينمو داخل الأنابيب أكثر من ١٤ يوماً أما زراعته داخل الرحم فيعد ضرباً من الخيال، وفرصة نجاحه تكاد تكون منعدمة، ويعارض بعض العلماء هذا الاتجاه الجديد خشية حدوث خلط في السلالات، ولكن المؤيدين للموضوع يؤكدون أنه بنزع النواة من الخلية لا يتبقى أي أثر للصفات الوراثية للحيوان، هذا المشروع الذي ينتظر إشارة البدء من اللجنة المستقلة لأبحاث الأجنة في إنجلترا التي تدرس فكرته منذ شهور سيكون عند الموافقة عليه أول مشروع بحشي لتكوين جنين يحمل صفات وراثية مشتركة بين الإنسان والحيوان^(١).

نحن نرى أن تحديد نوع الجنين سوف يرمى بنا إلى الوراء، لأنه سوف يحول الجنين إلى تركيبه يمكن التحكم فيها، وهذا سوف يؤدي إلى اختلال التوازن الكمي بين النوعين، وبالطبع سيكون الميل إلى جنس الذكور، نقترح على المتخصصين من أهل العلم بدلاً أن يجتهد في وضع حلول ومعالجات تثير الشك

(١) جريدة اخبار اليوم - السبت - من المحرم - ١٤٢٩ ١٩ من يناير ٢٠٠٨ م.

والجدل نقترح عليهم البحث فى طرق لعلاج الآجنة التى تحمل صفات وراثية معيبة حتى ولو لجأ الزوجان للتلقيح الصناعى الخارجى أفضل لهما من تحديد نوع الجنين، وتتم هذه الطريقة فى مجال الإخصاب العملى الفحص الوراثى للآجنة وهى أحدث التقنيات بطريقة تعتمد على أخذ خلية من خلايا الجنين فى اليوم الثالث بعد الحقن وتحليلها وراثيا لتحديد الأمراض الوراثية بالجنين ومعرفة جنسه، لاستبعاد الآجنة التى تحمل بعض الأمراض الوراثية وانتقاء الأفضل لزرعها بالرحم.

وأخيرا نرى أن فى مسألة تحديد نوع الجنين تطاولا على الذات الالهيه، وخطرا على موازين حياة الإنسان، فلذلك يجب أن تقتصر هذه العمليات على أنواع النباتات أو الحيوانات.

٢- معطيات الإعجاز الطبى لعملية تحديد نوع الجنين مأخوذة من القرآن الكريم وليس ابتكار بشرياً أو علمياً:

لو تأملنا قول الله تعالى **إِمنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَرَهُ** نجد أن التقدير جاء بعد الخلق مباشرة والإعجاز الطبى هنا يتبلور من خلال أنقسام خلايا جسم الإنسان تباعا أثناء النمو فنطفة الأمشاج ينقسم كل منها اختزاليا ؛ ليتكون من كل منها نصف عدد الكروموسومات فى الخلية الجسدية العادية بحيث تنتج النطفة الذكرية ٥٠ ٪ من الصفات الوراثية للأب والنطفة الأنثوية ٥٠ ٪ من صفات الأم وبالتحام المائين تتكون اللاقحة جامعة بين صفات الابوين معا ويقدر الله لهذه اللاقحة إما ذكر أو أنثى.

وتأكيدا على معرفة المسئول عن تحديد نوع الجنين من خلال آيات الله " فجعلنا منه الزوجين الذكر والأنثى "، مدلول هذه الآية يعتبر إعجازا قرآنيا ونصرا طبيا، يستدل منه أن النطفة الذكرية هى المحددة لنوع الجنين فى اللاقحة البشرية (نطفة الأمشاج) وليست الأنثى، وهذا تبين من قول الله تعالى فجعلنا منه ولم يقل فجعل منها، وهذا لا يعنى أن الرجل غير مسئول عن تكوين الأنثى، بل أنه يشترك مع المرأة فى تكوين الأنثى إنما لا يمكن أن تكون مسئولة عن ذكورة اللاقحة رغم أنها تسهم فيها بأمشاجها؛ ذلك لأن كروموسومات الذكر (X. Y) ولكن كروموسومات الأنثى (X. X) فإن الصبغى (Y) يوجد فى الذكر ولا يوجد فى الأنثى.

وانطلاقاً من هذه الحقائق يتبين لنا أن معرفة تقنية محاولة اختيار نوع الجنين المرغوب فيه التي وصل إليها أطباء الغرب جاءت من معرفتهم لمن هو المسئول عن إنتاج الذكر من خلال آيات الله الحكيمة.

وهذه الآيات الكريم الدالة على حكمة الله عز وجل في خلقه لقول الله تعالى: **لَوْ مِنْ النَّاسِ وَالْذُّوَابِ وَالْأَنْعَامِ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ كَذَلِكَ إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ غَفُورٌ**^(١)

وقال الله تعالى: **إِنَّ اللَّهَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَهُوَ الْعَلِيمُ الْقَدِيرُ**^(٢).
[هَذَا خَلَقُ اللَّهِ فَأُرُونِي مَاذَا خَلَقَ الَّذِينَ مِنْ دُونِهِ بَلِ الظَّالِمُونَ فِي ضَلَالٍ مُبِينٍ]^(٣)

رؤية مستقبلية للباحثة:

هناك قضيتان في ثلاث جمل يهتز لهما الوجدان وتختل أمامهما الجبال جاءت في آية واحدة من القرآن، وفي تقديري المتواضع اجد أن هناك ردا على هذه الآية في سورة الرحمن نذكرها بعد الاستنتاج. لو دققنا النظر في الآية الكريمة: **لِيَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يُزَوِّجَهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا**^(٤)

لوجدنا فيها إعجازاً من الله تعالى يريد جل شأنه أن يختص به البشرية. ألا تشاركوني الرأي بأن تفسير الآية السابقة يجمع بين عمليتي تحديد نوع الجنين وعملية تأجير الأرحام في كونهما ظهرت في أن واحد وجمعت بينهما آية واحدة، ألا ترى أن هناك حكمة من ذلك مخفية، بالاضافة إلى أن تحديد نوع الجنين يمكن أن يتم أثناء إجراء عملية تأجير الرحم.

فهى من المستحدثات التي ظهرت وأثارت الجدل في توقيت واحد، وها نحن الآن نبحثهما سوياً من خلال هذا الكتاب المتواضع بعد ما اتضح لنا أن

(١) فاطر ٢٨.

(٢) الروم ٥٤

(٣) لقمان ١١

(٤) الشورى ٤٩ - ٥٠

تحديد نوع الجنين تحدى لإرادة الله فى معنى الجزء الأول من الآية يهب لمن يشاء..... ويجعل من يشاء عقيما تحدى بتأجير الأرحام للأزواج الذين كان من نصيبهم عدم الإنجاب والرد على كليهما فى آيا معشر الجن والإنس إن استطعتم أن تنفذوا من أقطار السموات والأرض فانفذوا لا تنفذون إلا بسلطان^(١). أى وكان الله - عز وجل - أراد أن يقول لعباده اخترعوا كل شيء ولكن لن ينفذ إلا بمشيئتي وبإذنى. "والله أعلى وأعلم"

وهناك بعض الآيات الأخرى التى تتوعد إلى من يتحدى الإرادة الإلهية: سَنُرِيهِمْ ءَايَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ^(٢).

وَقُلِ الْحَمْدُ لِلَّهِ سَيُرِيكُمْ ءَايَاتِهِ فَتَعْرِفُونَهَا وَمَا رَبُّكَ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ^(٣). فالذى أود الإشارة إليه هو أن الغرب أو الدول التى نبعت منها هذه المستحدثات ليس من وحى خيالها. بل هذه المستحدثات تكلم عنها القرآن. وحذرنا منها المهم نريد أن نستفيد من هذا الكلام كله. ونحاول الاستفادة من تطبيق الغرب لكلام الله ومعرفة كيفية استنباط المسائل العلمية وتسخيرها للبشرية. فهذا دليل على أن القرآن الكريم به المادة العلمية التى ينبغى استخلاصها ودراستها من خلال عقول وأيد شرعية وطبية هذا هو قصدى فدعونا من الكلام وأناشد من خلال بحثى المتواضع بالنداء إلى كل عالم وفقهه بتفسير القرآن الكريم واستخراج كل الآيات التى تخدم البشريه وجعلها مادة علمية للبحوث والدراسات ؛ وذلك لن يتم إلا من خلال تخصيص الجامعات. وليكن عن طريق كلية الشريعة والقانون بأن يدرس فيها تفسير السور القرآنية من الناحية العلمية. بمعنى أنه يجمع اهل التفسير الآيات الخاصة بالجسد الإنسانى، و الطبيعة وجميع العلوم الإنسانية ... وتدرس من خلال طلبة شرعيين وطلبة كلية الطب هذا أفضل من أن تقتصر دراسة القرآن على الحلال والحرام فقط. فالقرآن الكريم شامل لكل العلوم وحرام علينا أن نضيق على أنفسنا ونحرم أنفسنا مما

(١) سورة الرحمن ٣٢

(٢) فصلت: ٥٣.

(٣) النمل: ٩٣.

أخذه منه الغرب، ويتم ذلك من خلال طلبه الدراسات العليا ورسائل الدكتوراة على أن تختص رسائل الدكتوراة ولو فى آية واحدة، شريطة أن تضيف هذه الآية خدمة للبشرية أو تمحو مشكلة يقع فيها البشر.

تلك هي أساليب الإنجاب الصناعى المتصور حدوثها فى الواقع العملي فالتقدم العلمى لم يعد محصورا فى نمط واحد وإنما تتعدد أشكاله لدرجة أنه أصبح من الممكن أن تنجب المرأة دون زواج لو أرادت أن تكون أما أو إذا رغب الإنسان فى الحفاظ على إمكانية الإخصاب حتى بعد وفاته عن طريق إيداع نطفة فى بنوك للنطف والأجنة.

ويترتب على ذلك تشابك الموضوعات الشرعية بالقضايا الطبية غير المؤلفة إلينا، وما يستجد منها من نوازل غير أن العقيدة الدينية تهدف إلى مقاومة الإنسان لأهوائه الشخصية مسلحا بقدر الله مدعنا للمشئة الإلهية ومسلما بالغيب ومتربيا الحسب فى الآخرة بعيدا عن الشهوات والرغبات الإنسانية التى منها التحدى لمشئة الله.

ولا تعني عقائد الشرائع الدينية إلا بقدر ما تحدد للإنسان ما ينبغى أن يقوم به إزاء مصالحه، وتعتمد نظرة الدين على تعيين مراتب الأشياء والأفعال، فثمة ما هو مباح وما هو محرم، وهذا ما سنحاول توضيحه فى الباب الاول على أن نتناول فيه. مشروعية التعامل على الرحم، وذلك من خلال موقف الشرائع الدينية فى الفصل الاول ثم موقف القانون الوضعى من التعامل على الأرحام فى الفصل الثانى منه وأخيرا موقف القانونى من نقل عضو الرحم فى ضوء القواعد القانونية والمعطيات الطبية إن شاء الله تعالى.

الباب الأول مشروعية التعامل على الرحم

تمهيد:

باديء ذي بدء حدث في هذا العصر جدلاً واسعاً حول قضية نقل الأرحام وتأجيرها، لأنهما قضيتان ذات أبعاد مختلفة، مما يجعلنا ننظر إليهما بمنظور علمي وديني وأخلاقي، وقبل كل ذلك بمنظور إنساني، لكون الرحم ليس مجرد وعاء أو حضانة وكما يدعي البعض، بل هو جزء حيوي تكون من نسيج ودم الأم، وهو القرار المكين بالأم لحمل الجنين فيه لئلا جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ^(١) وهناك آيات وأحاديث تؤكد بصورة جلية الصلة الربانية بين الله تعالى والأرحام، وأكبر دليل على ذلك أن الله جعل الرحم يشهد أهم أطوار خلق الإنسان وتصويره وكذا نفخ الروح بالجنين فيه لِيَخْلُقَكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خُلُقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ^(٢) هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ^(٣).

فلقد ابتدع علماء الغرب فكرة إدخال هذه البويضة الملقحة لرحم امرأة أخرى بدلاً من رحم صاحبة البويضة، وبهذا الأسلوب تحمل الأم المستأجرة هذا الجنين وحتى الولادة. وبهذه الطريقة فإن المولود الجديد يولد معه جدل لا يموت إلا بموت صاحبه؛ لأنه سيظل دائماً في حيرة من أمره ولا يعرف من هي حقا أمه. أهى أمه الوالدية أى أمه بالرحم أم أمه البيولوجية؟ وبهذا يصبح العذاب النفسي هو توءم المولود بهذا الأسلوب.

ومما لا شك فيه تطالعا التطورات المستحدثة في مجال الطب بكثير من الإشكالات في جوانبها الشرعية والقانونية، ويرجع ذلك إلى سمو مكانة جسم الإنسان وماله من قدسية بوصفه محلاً ومناطاً للحماية القانونية أصبح اليوم مجالاً خصباً لكل أنواع التصرفات الطبية المستحدثة، والتي منها التعاملات التي قد تتم على عضو رحم المرأة سواء أكان هذا التصرف ينقل عضو الرحم من امرأة إلى أخرى كالحالة التي حدثت بالفعل في المملكة العربية السعودية والتي إنتهت

(١) المؤمنون الآية ١٣

(٢) الزمر الآية ٦

(٣) آل عمران الآية ٦

بالفشل لأسباب طبية او بالانتفاع بالرحم (على سبيل إستجاره) وقد يكون هذا التعامل بمقابل أو غير مقابل مما جعله حقلاً خصباً للتجارب ؛ ولذلك فإن القانون بأحكامه المتنوعة يسعى جاهدا لتوفير الحماية لجسد الإنسان ضد أي تصرف أو اعتداء يقع عليه^(١) وذلك من خلال تقنين هذه التصرفات بأحكام قانونية تنظيمية. ومما لا شك فيه يسعى التنظيم القانوني والشرعي للحياة الأسرية لتحقيق هدفين هما توجيه الحياة الجنسية إلى غرضها الاجتماعي باعتبارها باعثا علي الزواج ، ومن ثم علي إنشاء الأسرة التي هي نواة المجتمع وأداته للبقاء والنماء وتفادي شيوخ الفحشاء الجنسية التي تحمل معها الفساد الخلقي والانحلال الاجتماعي وما لا يعد من الأمراض النفسية والبدنية^(٢).

وبعرض مبادئ الشريعة الإسلامية للقواعد الأخلاقية التي وضعتها في النطاق الذي يضمن للإنسان الحفاظ على جسده وذلك من خلال :

أولا : تفادي القصور الملحوظ في طريقة وضع نظام قانوني ينظم هذه المسائل ، وذلك بأن نحصر علي الدراسة الدقيقة العميقة وسماع وجهات النظر المختلفة من أطراف العلاقة في القوانين المقارنة وخاصة في الدول التي انبثقت منها هذه الوسائل.

وثانيا : كون الشريعة الإسلامية لم تترك شاردة ولا واردة في كل مجالات الحياة إلا وتطرقت إليها ، وهذا يرجع إلى كثرة النوازل المستحدثة ؛ ولهذا السبب أصبحت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان والدليل على ذلك قول الله تعالى : **﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾**^(٣).

(١) وعلى سبيل المثال تنص المادة (٥٠) من القانون المدني بانه : "لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الإعتداء مع التعويض بما يكون قد لحقه من ضرر .. كما تنص المادة الثانية عشرة من الدستور علي أن : "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة وذلك في حدود القانون. مقدمة الباب ١ - مجلة ق

(٢) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الإعتداء علي الأشخاص ، القاهرة ١٩٧٨ ، رقم ٣٣٣ ص ٣٢٨.

(٣) سورة (النساء : ١)

ومحل بحثنا من هذه النوازل المستحدثة "استئجار الأرحام" ، الذي تباينت فيه الآراء ما بين المؤيد والمعارض ، حتى أصبح يثير نقاشا حاداً يخشى أن تتوه فيه المصلحة الحقيقية للمجتمع خلال نظرة ضيقة متزمتة أو من خلال نظرة سطحية متسرعة. وكلا النظرتين قد يوهمان بأن ثمة تناقضاً بين أحكام الشريعة التي نطبقها. وبين هذه النازلة المستحدثة وبين آراء الفقه القانوني ، لذلك كان من الضروري دراسة مشروعية هذه النازلة من حيث الحظر والإباحة وخاصة أن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

ومن ثم كيف تنعكس مثل هذه الصورة المستحدثة على الآثار المترتبة عليها ، من حيث طبيعة العقد المبرم بين كلا من الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر وعلاقة الطبيب بكل منهما فإن مثل هذه المعرفة ضرورية وهامة لبحث هذه المستجدات ومعالجتها ضرورة جدا سواء أكان في بلاد العرب أو بلاد الغرب بشكل خاص لأن مثل هذه القضايا ربما تواجههم أكثر أو تدخل في حياتهم بشكل أوسع ، بحكم أن بلاد الغرب تشهد تطورات علمية وتكنولوجية أكبر وأوسع من تلك التي في الدول العربية

وأمام اختلاف آراء فقهاء الشريعة والقانون والطب حول عملية الإنجاب بواسطة تأجير الأرحام ، فأنا نعرض بداية لمشروعية تأجير الرحم ثم نبين طبيعته القانونية وذلك من خلال رؤيتنا عن الموضوع نجد أن المشرع عندما يقنن عملاً مستحدثاً فإنما يضع في اعتباره مدى تأثير هذا العمل بمصالح المجتمع ، وكثيراً ما يتحقق المساس بمصلحة المجتمع من خلال المساس بحق من حقوق الفرد كما هو الحال في عملية تأجير الأرحام.

ونظراً لما للزواج من أهمية في الشريعة الإسلامية باعتباره الطريق الوحيد للتناسل ، هذا بالإضافة إلى أهميته التي حثت عليها جميع الديانات السماوية وكذلك الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة ؛ لذا تعد مشكلة العقم من المشاكل الطبية الشائعة لدى المتزوجين والتي أعطاها الطب وبالتالي القانون اهتماماً خاصاً ، وعلى هذا تكون عدم القدرة على الإنجاب من أكثر المشاكل تعقيداً وأصعبها على وجه الإطلاق ، فالإنجاب غريزة فطرية لا يمكن الاستغناء عنها

ومما لا شك فيه أن هذه العملية ليست غريبة فهناك أعمال وأفعال يجرمها القانون تحصل في الواقع برضاء صاحب الحق أو المجني عليه ، بل أن منها ما لا يحدث لولا هذا القبول ، وهناك إجراءات لا تتحرك دون شكوى من المجني عليه ويسقط حقه فيها ، مما يدل على أن الرضا يلعب في بعض الأحوال دورا هاما ، وعلى سبيل المثال في تصرفات الأعمال الطبية والجراحية.

ونظراً لما يترتب على هذه الوسائل من تدخل للغير وخروج عملية الإنجاب عن أحد مظاهرها المتعلقة بالسرية والخصوصية ، هذا بالإضافة إلى ما يمثله ذلك من اعتداء على مبدأ حرمة الجسد الإنساني وأهمية رضاء صاحب الحق فيما سبق.

ونظراً لخلو القانون من التقنيات خاصة بهذه العمليات ؛ لذلك اختلفت الآراء والتشريعات والأحكام حول موضوع الإنجاب الصناعي بتدخل الغير عن طريق الاستعانة برحم امرأة أخرى أو نقل عضو الرحم من امرأة الى أخرى ، فكانت الأحكام أحيانا معتمدة على مذاهب التفسير والتأويل أحيانا وعلى مبادئ القانون الطبيعي والمقتضيات الإنسانية لذلك سنتناول مشروعية التعامل على الرحم من خلال الفصول الثلاثة على أن نتناول في الفصل الاول موقف الفقه الإسلامي من تأجير الأرحام ، ثم موقف القانون الوضعي من ذلك في الفصل الثاني وأخيرا حكم نقل عضو الرحم في الفصل الثالث.

الفصل الأول

موقف الشريعة الإسلامية من إستخدام الرحم

يحسب للشرائع الدينية مراعاة أحوال المجتمع ومصلحته عند معالجتها لمسألة مستحدثة طرأت عليها نتيجة للابتكارات الطبية الحديثة، وليس هذا بغريب لأن قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية تنظم سلوك الإنسان في كافة أمور الدين والدنيا، لأن الحفاظ على الصحة الإنجابية مطلباً إنسانياً حيث أصبحت وسائل الإنجاب الحديثة هي الشغل الشاغل للإنسان بعد تفاقم المستحدثات الطبية بكافة أنواعه وأشكاله وتعارضها مع قواعد القانون.

ولما كانت مشروعية التصرف في رحم المرأة موضوع يطرح نفسه على ساحة البحث بوصفه من نتاج النوازل المستحدثة في عصرنا الراهن، والذي يعد إحدى الصعوبات التي تعترض الفكر القانوني والفقه الشرعي في وقتنا الراهن الذي وجد نفسه في حيرة عن مواكبة هذه التصرفات، حتى وإن وجدنا بعض الدول قد حاولت الاستجابة لهذا التنوع في التصرفات من خلال إصدار بعض القوانين الخاصة بها.

ويتجلى لنا إيضاح التباين بين النظم والقوانين العربية ومثلتها الغربية من حيث معيار الضبط الأخلاقي الذي وضعتة الشريعة الإسلامية لتنظيم النوازل الطبية الحديثة التي تخص الإنجاب على وجه الخصوص وسنقوم جاهدتين ببحث هذه المسألة حتى لا تتسرب إلى عالمنا العربي في الخفاء وهذا تخوف منا بانتشارها كمثيلها من القضايا كالإجهاض أو ختان الإناث أو سرقة الأعضاء

لذلك يجب علينا أن نسلط الضوء إلى هذا الموضوع الذي مازال يمارس في الخفاء وخاصة في الأوساط الطبية ذاتها، وخاصة في العيادات الطبية الصغيرة التي لا يوجد عليها أي نوع من أنواع الرقابة والمتابعة التي تقوم بممارسة مثل هذه العمليات في الخفاء أو كما يطلق عليها بعمليات تحت السلم.

وإذا كانت الشريعة مسئولة بصفة عامة عن المجتمع فالإنسان مسئول عن نفسه بصفة خاصة. وفي هذا المعنى يقول النبي - ﷺ - : (لن تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه وعن علمه ماذا عمل به وعن ماله من

أين اكتسبه وفيما انفقه وعن جسمه فيما أبلاه^(١).

ومن ثم سنتناول بشئ من الإسهاب عن مدى تلك المشروعية من عدمها وقيود إباحتها من خلال طرحنا للفصل الأول موضحين الاتجاهات الفقهية المتباينة في الآراء، مختتمين هذا الفصل بتقديرنا الخاص حول مسألة الإنجاب بوسيلة تأجير رحم غريب عن الأم الفسيولوجية.

ومما لا شك في أن إثارة تلك الموضوعات الطبية المستحدثة التي تجاوزت الابتكارات المعتادة والمألوفة لدينا الكثير من النقاش والجدل لدى رجال القانون والشرع والطب علي السواء في البحث عن مجال مشروعيتها، هذا بالإضافة إلى أنها أحيانا تشكل استثناء علي القواعد القانونية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في سلامة وتكامل جسده، ومن هذه الابتكارات الطبية وسيلة الأرحام المستأجرة كبدايل للأرحام المعيبة

لذلك تباينت الآراء حول هذه الوسيلة غير المعتادة في أوطاننا العربية، مما اعتبرها البعض أنها دخيلة علينا من الغرب، حتى الغرب احتار في وضع تكييف قانوني لها، والسبب في ذلك يرجع إلى عدة أسباب أولها أن هذه الوسيلة من ناحية كونها لا تنقل وراثات الأم صاحبة الرحم المستأجر علي الراجح في الطب والثاني منها ما يتعلق بصعوبة ترجيح صفة الأمومة بين كلا المرأتين صاحبة البويضة والحامل صاحبة الرحم بدلا منها، والأخير منها هو التشابه المزعوم بين تأجير الرحم للحمل وبين إجازة الظئر بغرض الرضاعة، ومن ثم نعرض لموقف الشريعة الإسلامية من جراء هذه العملية، وذلك من خلال تناولنا لرأي الفقه الإسلامي القائل بإباحة تأجير الأرحام، ثم لرأي الفقه الإسلامي القائل بحظر تأجير الأرحام، وعرض موقف الفقه الإسلامي من تأجير رحم الضرة، وسوف يتطلب ذلك توضيح ماهية المصلحة المرتبطة بتأجير الأرحام، وأخيرا بيان موقف الشريعة المسيحية من تأجير الأرحام إن شاء الله تعالى.

(١) رواه الترمذي - سنن الترمذي - كتاب صفة القيامة - باب في القيامة ج ٤ ص ٦١٢.

المبحث الأول

الفقه الإسلامي القائل بإباحة استخدام الرحم

ذهب جانب من الفقه الى جواز الحمل عن طريق الرحم المستأجر مطلقا سواء أكانت الحامل هذه زوجة أخرى أو أجنبية^(١)، ومن ثم يرى البعض أن هذه الطريقة وإن كانت مكروهة بسبب ما يترتب عليها من مشاكل نفسية وأخلاقية إلا أنها تباح استحسانا وفي حالة الضرورة، ولكن بضوابط وشروط معينة :-

(شروط لصالح زوج صاحبة الرحم المستأجر)

- أن تكون صاحبة الرحم المستأجر ذات زوج.
- أن يتم التلقيح لحساب الغير داخل رحمها برضاء زوجها
- أن تعتد قبل نقل النطفة الأمشاج المملوكة للغير في رحمها للتأكد من براءة رحمها من تبعات ماء زوجها.
- (شرط خاص بالأبوين البيولوجيين).

أن تتوافر حالة الضرورة (كالتى يكون رحمها مصابا بعيوب خلقية أو..... أن تكون نفقتها واجبة طوال الحمل على الزوج صاحب النطفة

(١) ومن انصار هذا الرأي الدكتور عبد المعطي بيومي - الإنجاب في ضوء الإسلام ص ١٣٠ ، ١٢٩ للدكتور محمد نعيم ياسين - طفل الأنبوب ص ٦٨ للدكتور محمد علي البار - برنامج كلمة حق والذي ناقش هذه القضية بالتلفزيون المصري في أواخر ٢٠٠١ م. هذا وقد جاء في مجلة روتانا العدد ١٣١ - ١٦ يناير ٢٠٠٨ ص ٧٣ ريبورتاج بعنوان في مصر أرحام للإيجار واسر للبيع وكان مصر أصبحت كالهند. نشرت امرأة مصرية إعلانا عبر عدد من مواقع الانترنت تبدي رغبتها في تأجير رحمها لمن يرغب من النساء الغير قادرات على الإنجاب مقابل خمسين ألف جنيه للحمل الواحد بالإضافة إلى نفقة شهرية قيمتها خمسمائة جنيه طوال فترة الحمل عن كل شهر وللتأكيد على جديتها سجلت رقم هاتفها لمن يرغب في عقد الصفقة تعي حنان يس سيدة في منتصف الثلاثين من عمرها تقيم في حي الزاوية الحمراء أرملة ولها ابنا لجأت إلى طريق إيجار الرحم لتوفير إيجار مسكنها وجاء في ريبورتاج ردا على حكم هذه العملية وكان أحد المؤيدين د/ عبد المعطي بيومي عضو مجمع البحوث الإسلامية وعميد كلية أصول الدين الأسبق وأعلن أن تأجير الرحم جائز شرعا لن هذا من شأنه حل مشكلات كثيرا من نساء المصابة بالعقم ويحافظ على الأسر من التفكك أما جاء في المقابل رأى د/ على جمعة بعدم إباحة مثل هذه العملية وأنها حرام شرعا وذلك لإحتمال اختلاط الأنساب فيها كنا نأمل من الرأي المؤيد لهذه العملية إيجاد حلا آخر لماذا ينظر الجميع إلى تحقيق سعادة الزوجين العقيمين وننسى النظر إلى الموجرات والدافع إلى لجوئهن إلى مثل هذه العمليات.

ومن ثم ينسب الولد لأمه البيولوجية وتعتبر الأم التي ولدته بمثابة الأم الرضاعية^(١).

أ- مبررات الرأي المؤيد لتأجير الأرحام: استند أصحاب الرأي الأول القائلون بجواز الحمل عن طريق الرحم المستأجر مطلقاً بما يلي:

القياس على الأم الرضاعية (المرضعة الظئر) التشابه بين الأم بالرحم مع الأم بالرضاعة أم لأنها لا تعطيه إلا غذاء، ولا تعطيه أي توريث لأية صفة وراثية، فقياس صاحبة الرحم المستأجر على الأم من الرضاعة بجامع ما يأتي: أن الله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في المدة اللازمة لهما في قوله تعالى: **لَوْحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**^(٢). ويرى أصحاب هذا الرأي أن الحكمة من أن الله جمع بين الرضاعة والحمل في آياته هو توحيد الحكم فيهما لكونهما من مصدر غذائي واحد.

ومما سبق يترتب عليه من وجهة نظر أصحاب هذا الرأي أن يحرم من تأجير الرحم ما يحرم من الرضاعة الطبيعة المشتركة بين "الرحم والشدي"، من حيث التغذية التي تتم من خلال مواد مستخلصة من الطعام المهضوم داخل جسم الأم، وهذه المواد في الأصل غير مستساغة المذاق. فتغذية الجنين بها بواسطة الحبل السري لا تحتاج إلى تغيير في الطعم، أما تغذية الطفل عن طريق الفم تتطلب تغييراً في المذاق حتى يمكن أن تستساغ: لأنها تلامس اللسان مركز التذوق عند الكائن الحي: لقوله تعالى: **لَوْ أَنَّ لَكُمْ فِي الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةً لُسِقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهِ مِنْ بَيْنِ فَرْثٍ وَدَمٍ لَبْنَا خَالِصًا سَائِغًا لِلشَّارِبِينَ**^(٣).

العلاقة الطردية بين نمو الثدي للحامل ونمو الجنين. فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني، حتى يكون مستعداً ليحل محل الرحم في التغذية عندما يخرج الجنين طفلاً. وعليه فإنه إذا كان لا جناح في قيام المرأة بالحنو على غير ولدها بالإرضاع، وقد يسند إليها أمر تربيته، عندما ينتقل الطفل من حجر أمه إلى أسرة مرضعته

(١) رد فقهي على تساؤلات للدكتور يوسف القرضاوي ص ٤٥ وما بعدها - والدكتور حسان حتجوت، مقال بمجلة العربي، عدد ٢٢٢ - ص ٤٤ وما بعدها.

(٢) سورة الاحقاف: آية ١٥

(٣) سورة النحل آية ٦٦

خلال فترة الرضاعة دوئاً سبب أو علة تمنع الأم الوالدة من القيام بأمر الرضاعة والتربية ، فإنه يصبح من الممكن حلول رحم امرأة محل صاحبة الرحم المعطوب في حمل جنين لها ، وإذا كان في انتقال الطفل من أسرته إلى أسرة مرضعته في سن مبكرة من الخطورة بمكان ، نظراً للدور الذي يلعبه العامل البشري في تنشئة الطفل وصقل شخصيته ، فإنه ليس في الحمل لحساب الغير أثر مباشر على الجنين ؛ لأن الدور الغالب في فترة الحمل يكون للعوامل الطبيعية التي لا تخضع في عملها لإرادة الإنسان ومشيته^(١).

فهي أن جمعهما وضمهما في فترة واحدة مدتها ثلاثون شهراً ، ليس له تفسير إلا أن عالم الغيب قد أوردها بهذه الكيفية لتكون نصاً مباشراً لإباحة استئجار الأرحام. كما نلاحظ أن الله قد نص على إباحة الإرضاع من الغير رغم كونه من المسلمات والضروريات المقبولة عند العرب وكافة الشعوب منذ قديم الأزل ، وكان يكفي لإقرار الإباحة أن لا يذكره القرآن بتحريم ، فرمى أن هذه التأكيد مقصده أن لا ترتاب قلوبنا حيث نواجه قضية استئجار الأرحام ونقيسها على الاسترضاع والله أعلم.

كان النقاش يدور في مجلس الشعب المصري^(٢) مع البعض حول مسألة حكم تأجير الأرحام ، حيث أنهى النقاش إلى إباحة تأجير الأرحام قياساً على الرضاع ، معتبراً أنه كما يجوز تمليك منفعة الثدي وما يفرزه من لبن ينبت اللحم وينشر العظم لدى الوليد زمن الرضاعة ، فإنه يجوز قياس الرحم على الثدي فيما يفرزه من أمشاج تنبت اللحم وتنشز العظم لدى الجنين زمن الحمل ؛ لأنه إذا جاز ذلك في الثدي فإنه يجوز في الرحم ؛ إذ أن الثدي يعطي من دم المرضع وغذائها خلاصة أشد نقاء مما يعطيه الرحم مطابقة التشكيل الوراثي للجنين للزوج صاحب النطف الذكورية.

(١) الإنجاب في ضوء الإسلام ص ٢١٩ - روح القوانين ص ٨٣ ، ٨٤ للدكتور عبد الحميد عثمان - بنوك النطف والأجنة ص ٢٥٩ - ٢٠٠١ م دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع.

(٢) د/ عبد المعطي بيومي - عميد كلية أصول الدين بجامعة الأزهر وعضو اللجنة الدينية بالمجلس وبين د/ اسماعيل برادة - أستاذ طب النساء بجامعة مينسوتا وتكساس بالولايات المتحدة - حسام تمام ، إسلام أون لاين نت ، تأجير الأرحام بين الطب والسياسة - ٢٠٠١/٤/٤ م.

يرى فريق من الأطباء^(١): أن الله قد قرن بين الحمل والرضاعة وجمع بينهما في آيات كثيرة مما وحد الحكم فيهما ، وجعل ما يسري على الرضاعة ساريا على الحمل بجامع كونهما مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين وعليه فإن استئجار الرحم لإعاشة جنين حلال مثل استئجار الثدي لإرضاع طفل بالقياس المباشر. وما ذكرته هو الصياغة الفقهية وأما الحقيقة الإيمانية كما أكد^(٢) أحد أطباء النساء والتوليد على بعض الحقائق وهي :

أن التشكيل الوراثي للجنين يكون بالقطع للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة ، وأن البويضة الملقحة بالحيوان المنوي للزوج لا يمكن بأي حال من الأحوال إعادة تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي آخر غير الذي لقحت به بالفعل حيث أنه في اللحظة التي يتم فيها التلقيح تفرز البويضة الملقحة (نطفة الأمشاج) حاجزا حولها يمنع المساهمة بأية مواد وراثية أخرى حتى تحتفظ الخلية بتكونها الجيني^(٣).

كما أن الرحم لا ينقل أية صفة وراثية ، ولا يسهم بأي تكوين جيني ولا يعمل إلا كحضانة للطفل تحميه وتمده بما يلزم نموه.

كذلك انعدام أي احتمال لأختلاط الأنساب. وأن احتمال نجاح هذا الأسلوب لإنجاب طفل من هذه السيدة وزوجها أعلى بكثير من احتمال الحمل في رحم منقول إليها من سيد أخرى.

ب - الرد على هذه المبررات: فالرحم ليس حضانة آدمية ، وليس شأنه كشأن خزانة في بنوك النطف الادمية يقوم الرحم برعايتها وإمدادها بما تحتاجه حتى اكتمال الحمل ثم نسترد منه هذه الوديعة بمنتهى البساطة متجاهلين عما يحدث من علاقة وطيدة بين صاحبة هذا الرحم وهذه البويضة المغترية :

(١) د/ محمد سعد الدين حافظ - أستاذ الجراحة بكلية طب القصر العيني <http://www.karabeeg.com/news/3220.html>

(٢) د/ إسماعيل براده أحد أطباء النساء والتوليد

(٣) د/ عطا السنياطي - المرجع السابق - ص ٢٥٩ ، د/ طارق عبد الله - - الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي - رسالة لنيل الدكتوراة - جامعة المنصورة - ٢٠٠٥

١ - إن قياس الأم صاحبة الرحم المستأجر على الأم من الرضاعة بجامع أن مهام كل منهما قاصر على التغذية فقط قياس مع الفارق لما يأتي :
الاستدلال على صحة القياس ، بأن الله تعالى جمع بين الحمل والإرضاع في قوله تعالى : (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)^(١) غير مسلم : لأنه معلوم أن العطف يقتضي المغايرة ، فالحمل يختلف عن الإرضاع تماما ، حيث أن الإرضاع يأتي في مرحلة تالية للحمل والولادة ؛ وذلك بعد وجود الطفل وخروجه إلى الحياة .

٢ - التعاقد على إرضاع الأطفال مسألة طبيعية دعت إليها الحاجة للطفل الذي وجد فعلا ، وجاء في جو من الطهارة والعفة ، خلافا للطفل الناتج عن إباحة الأم المستأجرة ، فإنه قد جاء في جو غير سليم .
٣ - وضع البويضة في رحم امرأة أخرى حرام شرعا ؛ لأن الشرع سن لنا الزواج للانتفاع بالأبضاع والأرحام ، وحرم غيره ، فلا يصح قياس هذه الصورة البتة على الرضاعة المباح بالنص والإجماع .

- المرضعة ترضع طفلا معلوم النسب بيقين ، ومن الممكن أن تتوقف عن إرضاعه بناء على طلبها أو طلب الأم الأصلية عند شعورها بأي خطر ، أما في الحمل فلا يمكن للحامل أن تتوقف عن الحمل وهو في بطنها بإرادتها أو برغبة غيرها .

٤ - تسليم الأم بالرحم المستأجر للطفل بعد ولادته لمن تعاقد معها يعد بيعا وشراء للإنسان ، وقد حرم الشرع الحنيف بيع واكل ثمنه ، وذلك في قوله عز وجل في الحديث القدسي : (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت أنا خصمه خصمته ، رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا فاكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجرته)^(٢) .

شبهة اختلاط الأنساب لا توجد في الرضاعة ولكنها موجودة في حالة الرحم المستأجرة ، وينبغي وضع ذلك موضع الاعتبار حتى لو كان مجرد شبهة

(١) الاحقاف : آية ١٥

(٢) صحيح البخاري ٣٤/٢ - كتاب الإجارة - باب اثم من منع أجر الأجير والحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه

ونرى أن هذه الشبهة متمثلة في ممارسة امرأة للحمل لحساب الغير في بلد ما بعد إتمامها للعملية وتسليم الولد للزوجين البيولوجيين وتقرر بعد ذلك الانتقال إلى بلد أخرى للعيش فيها مكررة نفس العملية السابقة لزوجين آخرين السؤال هنا ما الذي يضمن لنا مستقبلا عدم زواج الطفلين التي حملت فيهما تلك المرأة مع الأخذ في الاعتبار من باب أولى سيصبح الطفلان أخوين قياسا بالأخ في الرضاغة.

٥- اللقيحة تتأثر بالهرمونات والمواد الغذائية والمشاعر والرحم والظلمات الثلاث ، فهي تتأثر تأثرا واضحا بالبيئة المحيطة بها. أما الطفل الرضيع فإنه لا يتأثر إلا بالمواد الغذائية وربما المشاعر.

ولقد أثبتت الأبحاث والتجارب العلمية المتعددة أن هناك عوامل كثيرة تؤثر على نمو الجنين داخل الرحم فتقتله أو تسبب له تشوهات لا قبل لنا بها من هذه العوامل :

التغذية : نقص بعض الفيتامينات أو الأملاح المعدنية الضرورية
عمر الأم الحامل : تتزايد نسبة ظهور التشوهات مع كبر سن الأم
وخصوصا بعد الأربعين.

التدخين : يضر بصحة الأم والجنين
الأنيميا الحادة عند الأم : تضعف كفاءة المشيمة في العمل
أما الأدلة والتعليقات التي أوردها أصحاب هذا الرأي الفقهي :-
قال رسول الله - ﷺ - : "أن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها"^(١).

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه ورد إلى العالم العربي من الغرب ضايا واكتشافات علمية طبية، تعالج حالات ضعف الرحم ، وعدم قدرته على الاحتفاظ بالجنين فترة الحمل ، فينزل الحمل لأسباب مرضية متعددة كمرض الذئبية الحمراء التي تؤدي إلى وفاة الجنين ، أو كمرض المرأة الذي يجبرها على

(١) الحديث صحيح رواه أبو داود ، والحاكم في المستدرک والبيهقي في المعرفة ، الجامع الصغير ١٤٣٤/٢ رقم ٦١٨٧٠ سنن أبي داود ٤/٤٨٠ رقم ٤٢٩١ ، باب ما يذكر في قرن المائة.

استئصال الرحم، وفي مثل هذه الحالات يكون العلاج إما بنقل رحم جديد للمرأة المريضة أو استئجار رحم امرأة أخرى لتحمل وتلد عنها. وهي بهذا إنما تحقق أمومتها التي ترجوها كل امرأة وزوجة.

تصريح علماء الطب أنه عندما تتحد البويضة مع الحيوان المنوي الذكر يتم التزاوج بين ٢٣ كروم وزوم منفردا من البيضة و٢٣ كروم وزوم منفردا من الحيوان المنوي، ليتكون لدينا ٢٣ كروموزوم ثنائي، وتصطف الجينات الوراثية لكل نوع من الخواص على الكروموزومات الشائية متقابلة مع بعضها البعض في ترتيب تتابعي متكامل، حيث يوجد جين واحد من الأم في مقالبه جين واحد من الأب، وكل جينيين معا يحملان معا انتقال خاصية وراثية إلى الكائن الجديد، وبناءً على هذا فإن التشكيل الوراثي للجنين يكون للزوج صاحب الحيوان المنوي وزوجته صاحبة البويضة، والبويضة الملقحة من الزوج لا يمكن تلقيحها مرة أخرى بأي حيوان منوي آخر غير الذي لقحت به بداية. ومن هنا نؤكد أن الرحم لا ينقل أي صفة وراثية ولا يسهم بأي تكوين جيني، إنما هو يمد الطفل بالغذاء والأكسجين والأمشاج الرحمية، ولا يمكن أن يكون اختلاط بالأنساب لعدم إمكانية تلقيح البويضة الملقحة مرة أخرى^(١).

أن عملية إنجاب طفل بواسطة استئجار رحم تحظى باحتمالات نجاح أكبر بكثير من عملية إنجاب طفل بواسطة الحمل في رحم منقول من امرأة أخرى إلى الزوجة (وهي إمكانية العلاج الشائية).

إن صورة استئجار الأرحام فيها معنى الزوجية، لأن فيها عقد قائم على إيجاب وقبول، شهود، أجرة، ومنفعة وهي حمل الجنين تسعة أشهر، ويتم الإعلان عن هذه العملية، فهي ليس فيها وطء محرم ولا تعتبر زنا وليس فيها حتى شبهة زنا، لأن الزنا يقوم على الوطء المحرم وهذه العملية تخلو من الوطء، فإذا كانت هذه العملية تخلو من الزنا فهي تخلو من شبهة الزنا أيضاً، لأن شبهة الزنا أما أن تكون شبهة في الفعل، كظن الرجل أن امرأة تحل له فوطئها فإذا بها محرمة عليه، أو مطلقة ولم تبرأ من عدتها، وأما شبهة في الملك كعقد الرجل على

(١) قضايا طبية معاصرة، الدكتور عبد المعطي بيومي ص ٢٤.

المرأة عقداً فاسداً ظناً أن العقد صحيح وفي كلا الشبهتين المحرم هو الوطاء، وليس في تأجير الأرحام أي وطء على الإطلاق. واستدل الرأي المؤيد على هذا الأمر بما روي أن امرأة استسقت راعياً لبناً، فأبى أن يسقيها حتى تتمكن من نفسها، ففعلت، ثم رفع الأمر إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فدرأ الحد عنهما، وقال: ذلك مهرها. والتعليل أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - لم يعاقب الراعي والمرأة بل عذرهما بما دون الحد، وذلك لأنهما لم يجعلاً لهما شهوداً، حتى يكون ما فعلاه نكاحاً صحيحاً، وهذا يشبه عملية استئجار الأرحام، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعتبر الأجرة شبهة أسقطت الحد، واعتبر ما فعله الراعي والمرأة أقرب إلى الزواج، وهنا يرى الفقه المؤيد لتأجير الأرحام^(١) أن الأم الحاضنة يجب أن تكون غير متزوجة وأن تكون ممن يحرم جمعها مع الزوجة الأصلية (كأمتها وأختها).

العقد القائم في عملية تأجير الأرحام ليس على منفعة البضع، وإنما على منفعة الرحم، لذلك لا يحق للرجل نكاح الأم الحاضنة، حتى لا يحدث خلاف على المولود.

أن القرآن الكريم سمي المال الذي تأخذه المرضعة مقابل إرضاعها أجرة، سواء أكانت الأم أو لا للرضيع، فلا بأس أن يسمى المال الذي تأخذه الأم الحاضنة إذا لم تكن متطوعة أجرة، قياساً على الرضاع، فكما يجوز تمليك منفعة الثدي يجوز تمليك منفعة الرحم، ويحرم من عملية استئجار الأرحام ما يحرم من الرضاع، فصاحبة الرحم المستأجرة هي أم للجنين بشكل من الأشكال. أن إجازة تأجير الأرحام يعتبر تيسراً للأمة الإسلامية، هذا التيسير التي تميزت به الشريعة الإسلامية دائماً، فالمشقة تجلب التيسير، وهذه العملية أفضل من التبني، ولا داعي للخوف من هذه العملية لأنها تستند أصلاً على عقد كفيل بالقضاء على كل المشكلات المستقبلية، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء المعاصرين^(٢).

(١) الدكتور عبد المعطي البيومي / قضايا طبية معاصرة، ص ٢٥.

(٢) - فتوى الشيخ د. موسى شاهين لاشين:

ج - تقييم الباحثة ..

القائلون بأن الرحم المستأجر مثل المريضة الظئر هذا قياس مع الفارق والدليل على ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه -تعليلا لعتق أم الولد- "خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن"^(١) ومن ثم فإن العوامل الوراثية أو الجينات التي تحمل الصفات الموروثة من الآباء الموجودة على الشريط الجيني

نائب رئيس جامعة الأزهر سابقا، ورئيس مركز السنة بوزارة الأوقاف وعضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر. أجاز سيادته استئجار الأرحام والأدلة هي كالتالي: أعتمد على أن الدين الإسلامي هو دين يسر، وأن الرحم المستعار تدعو إليه حاجة إنسانية، فهو يلبي حاجة المرأة المحرومة من الأمومة التي نصت عليها واعتبرتها الشريعة الإسلامية، وأكد الدكتور موسى أن الرحم المستعار لا يشبهه الزنا في شيء وهو آمن من اختلاط الأنساب.

قاس الدكتور موسى استئجار الأرحام على الرضاع، وأكد عدم التخوف من نزاع الزوجة والأم المستعارة على الطفل، وقال أن من يجيش منهما عواطفها وأحاسيسها فهي جديرة بالأمومة وأصلا من مصلحة الطفل أن تعني به اثنتان بدلا من واحدة. الأستاذ الدكتور عبد الصبور شاهين:

مفكر إسلامي معروف. أستاذ متفرغ بكلية دار العلوم جامعة القاهرة. من أشهر الدعاة بمصر والعالم الإسلامي. خطيب مسجد عمرو بن العاص أكبر وأقدم مساجد مصر سابقا. صدر له أكثر من ٦٥ كتابا، ما بين مؤلف ومترجم، أكبرها مفصل لآيات القرآن في عشرة مجلدات، وأحدثها مجموعة نساء وراء الأحداث ١٠ كتب نظر سيادته إلى قضية استئجار الأرحام من ثلاث زوايا مختلفة: الزاوية والجانب الديني، القانوني والأخلاقي، أما بالنسبة للجانب القانوني، فهناك عقد صحيح في العملية يغطي الجانب القانوني، أما الجانب الأخلاقي فربما هذه العملية تواجه معارضة من المجتمع من باب الحفاظ على العادات والتقاليد إلا أن هذا لا يعني أن هذه المسألة محرمة، أما الشريعة الإسلامية وتأجير الأرحام، فإن تأجير الأرحام ليس فيه زنى ولا شبهة زنى وهو آمن من اختلاط الأنساب. قضايا طبية معاصرة، ص ٣١.

- الدكتور عبد الحميد الأنصاري:

الباحثة الأكاديمية القطري المفكر الحر عبد الحميد الأنصاري، حائز الدكتوراة في السياسة الشرعية من كلية الشريعة والقانون من جامعة الأزهر عام ١٩٨٠. يعمل أستاذا للسياسة الشرعية في كلية القانون بجامعة قطر، وكان قبلها عميدا لكلية الشريعة والقانون في نفس الجامعة.

يقول سيادته بتأجير الأرحام، وأجاز أن يستأجر رحم امرأة أجنبية عن الزوج لتحمل عن زوجه وقال أنه يشارك الدكتور عبد المعطي البيومي في رأيه الذي أوضحناه سابقا. وأضاف أن الرأي الذي انتهى إليه مجمع البحوث الإسلامية بمكة هو رأي جماعي وليس إجماعي للأمة الإسلامية.

(١) الاشراف على مسائل الخلاف ٣١٤/٢ للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي المتوفى بمصر في شعبان ٤٣٣ هجريا - مطبعة الأرادة السعودية.

Geno Type للبيضة المخصبة وهي تلعب دوراً نسبته ١٠٪ فقط في إحداث التشوهات وأما غالبية هذه الظاهرة ينشأ من تفاعل بين العوامل الوراثية والظروف البيئية المحيطة بالجنين داخل أو خارج الأم الحامل، ويمثل عامل ريسوس RHEACTOR مثالا حيا لذلك، فلو كانت الأم سالبة وكان الجنين موجبا (من الأب طبعاً) فإنه يتكون في دم الأم أجساماً مناعية مضادة ربما تنتقل إلى الجنين فتقوم بتكسير كرات الدم الحمراء وتقتله^(١) إذن نرى أن مسألة انتقال أي مورثات من الجنين إلى صاحبة الرحم المستأجر محل نظر.

هنا رد علمي: بما أن بعض الأطباء يرون^(٢) أن الرحم يؤثر في الصفات الوراثية للجنين وليس مجرد عامل مساعد كما يردد المؤيدون لاستئجار الأرحام فقد ثبت أنه في أثناء نمو البيضة الملقحة تضاف بعض الصفات الوراثية من الأم الحاضنة أو الحامل عن طريق المشيمة إلى الجنين، وبالتالي إذا ثبتت هذه الحقيقة العلمية السابقة معنى ذلك أنه لا توجد لدينا مشكلة، ومن ثم نرى أنه سيصبح هناك والدتان للطفل إحداهما أم بالحمل وبالولادة والأخرى أم بيولوجية وبالتالي سوف تقل هذه الظاهرة لأنه لا توجد أم بيولوجية توافق أن يشاركها أحد في تكوين طفلها، وبالطبع سيكون هذا رداً علمياً على السؤال الآتي:

هل هذا الولد ابن لصاحبة البيضة أم ابن لصاحبة الرحم المستأجر؟

وكذلك إذا كان الرد العلمي موافقاً للحقيقة العلمية السابقة وهي أن الرحم سوف ينقل بعضاً من الصفات الوراثية إلى الجنين وليكن عن طريق الدم فسوف يصبح هناك والدتان وهذا أمر في رأيي لا يقبله الواقع، وبالتالي ستراجع هذه الظاهرة بمجرد أن الراغبة في المساعدة الإنجابية تكتشف تلك الحقيقة وهي مشاركة امرأة أخرى في التكوين البيولوجي لجنينها المتكون من نطفتها البيولوجية بالطبع سيتغير موقف الأم البيولوجية صاحبة النطفة، وبالتالي سوف تتأثر أيضاً

(١) تأجير الأرحام بين اتجاهات العلم وحتمية الدين ص ٩٠، ٩١ نقلاً عن كتاب علم الأجنة الطبي وهو مرجع أمريكي أصيل يدرس في جميع كليات الطب في العالم، وترجم إلى العديد من اللغات - وانظر أيضاً كتاب الولادة ص ٢١٥ للأستاذ الدكتور أحمد فودة طبعة دار الوفاء - الطبعة الأولى ١٩٩٧م.

(٢) د/ إكرام عبد السلام - رئيسة قسم الوراثة بجامعة القاهرة.

صاحبة الرحم المستأجر بمجرد علمها بأنها سوف تنازل عن جنين ساهمت بالفعل بجزء من تكوينه عن طريق جسدها.

بما أن المرضعة الظئر شرعت للضرورة وهذه الضرورة متمثلة في حاجة الطفل إلى الغذاء وعملاً بالقاعدة الضروريات تبيح المحظورات^(١)، وما جاز للضرورة لا يقاس عليه غيره لأن الضرورة تقدر بقدرها إذا لا يجوز قياس الرحم المستأجر على المرضعة الظئر. لأن المنفعة في تأجير المرضعة منفعة مشروعة طبقاً للكتاب والسنة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: **إِذَا نَ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ وَأَتَعَرُّوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرِّضْ لَهٗ أُخْرَىٰ أَوْ أَمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرُّضَاعَةِ**^(٢).

ومن السنة: قوله ﷺ "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"^(٣).

هذا وبالإضافة إلى أنه يمكن للرضيع الإستغناء عن الرضاعة الطبيعية باللبن الصناعي بينما في حالة الجنين داخل الرحم لا يمكن الاستعاضة بأي مصدر آخر لتغذيته غير دم الأم (صاحبة الرحم).

ونحن نرى أن قياس المرضعة الظئر بالرحم الظئر هذا القياس لصالح رأى المعارض الرحم المستأجر وليس العكس.

والدليل على ذلك أن المرضعة الظئر شرعت للضرورة لبقاء الولد حياً، أما الولد الناتج من عملية الرحم المستأجر؛ فليس هناك ضرورة لإتيانه طالما أن الله لم يشأ يأتياه بالطريقة الطبيعية، فمن الواضح أن هذا قياس مع الفارق أما بالنسبة لتفسير الآية "وحمله وفصاله ثلاثون شهراً" الحكمة من اقتران الحمل مع الرضاعة هو المدة وليس كما فسرها الرأي المؤيد للرحم المستأجر؛ حيث أن

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٤

(٢) سورة الطلاق الآية ٦ - سورة النساء الآية ٢٣

(٣) هذا الحديث متفق عليه من حديث ابن العباس رضى الله عنهما - أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الشهادات، باب الشهادة على الانساب والرضاع الستيفض والموت القديم ٩٣٥/٢٠ - حديث رقم (٢٥٠٢) وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، باب تحريم ابنة الاخ من الرضاع (١٠٧١/٢) حديث رقم (١٤٤٧).

تفسير هذه الآية كيفية حساب مدة الحمل^(١) وقد استدل على - رضي الله عنه - بهذه الآية مع التي في لقمان [وَفَصَّالَةٌ فِي عَامَتَيْنِ] وقوله تبارك وتعالى: [وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ]^(٢) على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وهو استنباط قوى صحيح ووافقه عليه عثمان وجماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - .

نرى من جانبنا أن الدول التي تمارس فيها هذه العمليات تجافى فيها نظمها تطبيق قاعدة "الولد للفراش" على عملية تأجير الأرحام لأن في هذه الحالة سيكون هناك فراشان وليس فراشا واحدا كما تنص القاعدة وسنتعرض بشيء من التفصيل في هذا الموضوع إن شاء - الله تعالى - في القسم الثاني، فصل النسب من هذا الكتاب

هل يمكن اعتبار البويضة الملقحة (نطفة الأمشاج) كائنًا بشرياً متكاملًا له حقوق وهل يحق التصرف فيه؟

والجواب نجده في آيات القرآن الكريم عن مراحل خلق الإنسان، وسبحان الله فهي تتلاقى مع ثوابت العلم الحديث وتقنياته المبتكرة في رصد وتصوير مراحل خلق الجنين بالأرحام.

هل الرحم المستأجر يؤثر في صفات الجنين أو الموروثات ((الجينات)) التي يحملها؟

وللإجابة على هذا السؤال، علينا أن نعلم أن هناك تفاعلاً حيوياً وكيميائياً وبيولوجياً ربانياً بين الجنين والأم صاحبة الرحم المستأجر وثبت أن هناك كثيراً من الخفايا عن موروثات الجنين بالأرحام وأن هناك تكتيك فني لهذه الجينات ما زال في طي الكتمان ولا يعلمها إلا الله.

ويرى العلماء أن دم الأم بالرحم الموصول بالجنين من خلال المشيمة يتضمن المادة الوراثية، وإذا كانت حاملة لموروث جينى، أحد الأمراض

(١) تفسير القرآن العظيم للإمام الجليل الحافظ عماد الدين اسماعيل ابن كثير القريشى الدمشقى المتوفى سنة ٧٧٤ - المجلد الرابع - دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت لبنان ١٣٨٨ - ١٩٦٩ وللمزيد انظر ص ١٥٧.

(٢) البقرة ٢٣٣.

الوراثية، فإن ذلك يؤثر على الجنين، بل وقد يستمر تأثيره بعد ولادته فيرى أهل الطب أن حالة الإنسان الصحية طوال حياته تتحدد بالفعل أثناء التسعة أشهر برحم الأم. وتأكيداً لذلك فإن صفات الجنين قد تتأثر بالبيئة المحيطة به بالرحم، وهذا للعلم لا يلغي نظرية الوراثة.

والحقائق العلمية الموثقة بالصور ثلاثية الأبعاد لمراحل المضغة، قد نشرت حديثاً بمجلة العلوم الأمريكية، تشير إلى أن طور المضغة يبدو عليه نتوءات تجعله يظهر بالصور ككتلة بدنية، وكأنها مضغتها الأسنان (وكما وصفها القرآن) بل وجد أنه لا يوجد في بدايتها أية ملامح إنسانية لأي عضو جسدي، ولكن بمرور الأيام يتطور شكل المضغة فيظهر عليها براعم الأيدي والأرجل والرأس والصدر والبطن، وتتكون معظم الأعضاء الداخلية وتحتفظ بالرغم من كل ذلك بالشكل الخارجي ككتلة بدنية تشبه قطعة اللحم المضغوطة.

وهناك سؤال يطرح نفسه في ذهني وهو إلى من سينسب الولد هل لأبويه البيولوجيين أم لصاحبة الرحم المستأجر وزوجها؟

وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية "الولد للفراس وللعاهر الحجر"^(١) وبالتالي سيكون الولد لزوج صاحبة الرحم المستأجر تكوين الطفل فسيولوجياً عن طريق الدم ونفسياً عن طريق البيئة المحيطة بهما مما له أثر في تكوين شخصية الولد ولكننا لا بد من ألا ننكر دور الأبوين البيولوجيين أصحاب النطف المتكون منها هذا الطفل والحاملة للصفات الوراثية من الأبوين إلى الولد المتخلق في الرحم، الغريب في نظري أو البديل كما يقوله البعض، مما سبق يتضح لنا أن الولد الناتج سيكون له أبوان ووالدتان وهذا سوف يؤدي به إلى تشتيت في المشاعر والضيايق لهذا الطفل.

وعملًا بالقاعدة (درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة)^(٢) إذا سلمنا فرضاً بأن توافر حالة الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة المتمثلة في صورة إنجاب الولد لمن حرمت منه عن طريق استئجار رحم هذا يعني أن هناك مصلحة، لا أن المفسد المترتبة على هذه المصلحة أكبر ومنها شبهة اختلاط الأنساب..

(١) صحيح البخاري - كتاب البيوع باب تفسير المشبهات رقم ١٩١٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢ - ٩٧.

ومن منطلق ذلك سنتناول عرض لآراء الرأي الثاني المعارض لعملية الرحم المستعار في المبحث الثاني - إن شاء الله تعالى - .

المبحث الثاني

الفقه الإسلامي القائل بحظر استخدام الرحم

ذهب بعض الفقهاء^(١) إلى حظر تأجير الأرحام، مستندا على الأدلة التالية:

١- يجب ألا يكون هناك طرف ثالث يتدخل ويتوسط علاقة الزوج بزوجه مهما كانت الأسلوبية، سواء عن طريق رحم مؤجر أو نقل حيوانات منوية أو نقل بويضات.

٢- إن عدم تأثير الجنين وراثيا من رحم الأم المستعارة ليس مؤكدا من الناحية الطبية، وذلك لأن الجنين يتغذى ويتأثر بالرحم، ونمو الجنين لا يعتمد فقط على كروموزومات الأم والأب، بل يتأثر بالبيئة المحيطة، وقد يؤدي سلوك تصرفات معينة إلى التأثير على الجنين وتشويهه كسرب الخمر.

٣- إن الأم المستعارة قد تؤثر سلبا على الجنين بالأمراض الفيروسية المنتقلة عن طريق المشيمة، أو ربما يصاب بالحصبة الألمانية أثناء الحمل.

٤- إن هذه المسألة تثير العديد من المشاكل مثل من هي الأم الحقيقية؟ ولمن ينسب الطفل؟ وتحدث مشاكل إذا تم التلاعب بالأجنة، وهذا الأمر وارد
٥- في مثل هذه العملية لا نستطيع ضمان رد فعل الأم المستعارة بعد الولادة، وقد حدث أن طالبت الأم المستعارة بالمولود مقابل دفع مبلغ طائل للوالدين.

٦- من الممكن أن يحدث حمل للأم المستعارة من زوجها الحقيقي، وهنا ستحدث مشاكل بينها وبين الأبوين الحقيقيين، وفي مثل هذه الحالة لا يستطيع الطبيب أن يجزم إذا كان الحمل عند الأم المستعارة نتيجة نقل البويضات الملقحة أم نتيجة حمل الأم المستعارة من زوجها، فوارد احتمال وقوع حمل للأم المستعارة قبل نقل الأجنة بأيام قليلة أو بعد أيام قليلة من نقلها. وتكمن هنا مشكلة

(١) يوسف عبد الرحمن الفرت / رئيس قسم الشريعة في كلية دار العلوم - جامعة القاهرة.

أخرى ، وذلك إذا حدث حمل توأم أحدهما ملك الأبوين الأصليين والآخر ملك الأم الحاضنة ، وهذا الوضع غير مرغوب فيه

٧- قد اثبت علميا أن الرحم ليس مجرد وعاء لاحتواء الجنين بل هو يؤثر في الجنين ، فمثلا الجهاز الشمعي يكتمل نموه عند الجنين في الأسبوع الحادي عشر ، وهو يرتبط بدقات قلب أمه فالحمل عبارة عن تفاعل حيوي بين أنسجة الأم والجنين ، فمثلا إذا زاد هرمون الغدة الدرقية في دم الأم الحامل أثناء الحمل يؤدي إلى اختلاط نشاط الغدة الدرقية للجنين ، كلك إذا أصيبت الحامل بمرض السكر فيتأثر الجنين بذلك ، وطبعاً إذا حملت جين أحد الأمراض الوراثية فسيؤثر ذلك على الجنين ، وسيدوم التأثير بعد الولادة ، والأم المستعارة ستؤثر في تكوين الصفات الوراثية للجنين عن طريق (الرنا R.N.A) و(السيتوبلازم) والجهاز المناعي.

٨- إن عملية استئجار الأرحام مكلفة جداً وفي الوقت ذاته غير مضمونة ، فنسبة نجاح هذه العملية قليلة ، ٢٧٪ في أحسن الأحوال ، وتحتاج إلى إعادة المحاولة أكثر من مرة ، ويتم صرف آلاف الجنيهات لإجراء الأبحاث والتحليل اللازمة ، ناهيك عن أجور الأطباء والمستشفى والأم المستعارة وقد صدرت عدة فتاوى^(١) بعدم جواز استئجار الأرحام بجميع صورته ، وقال إن التلقيح يجب أن يكون بين الزوج وزوجه فقط وإلا فهو حرام (لم يتطرق بفتواه إلى صورة زرع اللقحة في زوجة أخرى للرجل).

أما التعليل الذي أورده سيادته فهو أن المسلمين يعرفون الأم في الرضاع وأحكام الأخوة في الرضاع ، ويعرفون أن للمرء بأمه صلتين ، صلة تكوين ووراثية أصلها المبيض وصلة حمل وحضانة أصلها الرحم ويطلقون اسم صلة الرحم مجازاً على جميع هذه الصلات ، ولكنهم لا يعرفون تشعب هذه الصلات كأن يكون التكوين من امرأة والحضانة في رحم أخرى ، وليس واضحاً ما حقوق هذه الحاضنة والأحكام المترتبة على ذلك.

(١) يوسف القرضاوي ، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة. عمان : دار الضياء ، ١٩٨٨ ، ص ١٤٨.

ونتيجة لذلك جاءت فتوى أخرى^(١) كذلك يمتنع استئجار الأرحام لمنع الوقوع في الحرمة، ومنع ما يترتب عليه من آثار تضر المجتمع وينظمه والتي تفصح أن حديث الرجل إلى المرأة الأجنبية حرام حتى لا تخضع بالقول فيطمع الذي قلبه مرض. لأن الإسلام حرص على حفظ الفروج ومنع اختلاس النظر وخروج المرأة متعطرة، لأن ذلك يؤدي إلى الزنا، وكذلك خلوة الرجل بالمرأة الأجنبية محرمة، فما الحال باستئجار الأرحام، حتى أن دخول ماء الزوج إلى جسم الزوجة وقد خرج من جسد الزوج بطريق غير مشروع إثم كبير، فما الحال بالمرأة التي تدخل ماء رجل غريب إلى رحمها. فالأصل بالفروج أن تصان، والقاعدة الإسلامية تنص على تقديم المحرم على المباح عند التساوي، وطبعاً إذا تقابل في المرأة حل وحرمة تقدم الحرمة^(٢).

ونادى بعض الفقهاء^(٣) بأن عملية تأجير الأرحام في الإسلام محرمة وغير

جائزة.

الدليل: أن عملية استئجار الأرحام تدعو إلى إشاعة الفاحشة بين المسلمين والله تعالى يقول: **إِنَّ الَّذِينَ يُحْيُونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ.**

وكذلك يقول سيدنا رسول الله - ﷺ - في حجة الوداع: "إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"^(٤) فالأعراض لها حرمة مكة، وحرمة الأشهر الحرم وفي هذا دلالة على أهميتها واعتبارها في الشريعة الإسلامية، وقال ﷺ: "استحللتم فروجن بكلمة الله عندما أوصى بالنساء خيراً، وعرف أن الفرج لا تحل إلا بكلمه الله، والحل لا يكون إلا للأزواج الذين يجري على ألسنتهم وقلوبهم كلمة الله كذلك لا ننسى القاعدة الشرعية: أن الأصل في الأشياء الإباحة، والأصل في الإيضاع التحريم،

(١) فتوى الشيخ الجليل جاد الحق علي جاد الحق شيخ الأزهر رحمه الله
(٢) دكتور أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، ص ٢٠٩.
(٣) أحمد الجندي: الأمين العام المساعد للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية.
فقه النوازل، ص ٢٦٧
(٤) صحيح مسلم، باب حجة النبي ﷺ، ج ٦، ص ٢٤٥

فإذا تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة، ولهذا لا يجوز التحري في الفروج^(١). فالأصل المحافظة على الفروج وصيانتها من الحرام والشبهات، وهذا الإستقلال يدل على الحرمة، وعملية استئجار الأرحام عملية معقدة وليست بسيطة، وتجلب الكثير من المشقة والنزاع بين الأم والأم المستعارة، وذلك لأن الأم المستعارة ليست مجرد رحم أو وعاء للجنين، فالجنين في الرحم يتأثر عاطفياً ونفسياً بالأم الحامل^(٢).

وهناك فتوى أخرى^(٣) حيث أفتى الشيخ وفق صور معينة لاستئجار الأرحام وهي:

- إذا حملت المرأة من ماءين أجنبيين أو من بيضتها وماء أجنبي فهو حمل سفاح محرم لذاته في الشرع تحريم غاية (لا مجال لإباحته)، والإنجاب منه يعتبر شر الثلاثة فهو ولد زنا.
- تلقيح ماء الزوجة بماء زوجها ولكن بعد وفاته وهذا حرام في الشريعة الإسلامية، وذلك لعدم قيام الزوجية.
- تلقيح بويضة الزوجة بالحيوانات المنوية التي للزوج وزرعها في رحم امرأة أجنبية، هذا حرام في الشريعة الإسلامية؛ لأن فيه اختلال لرحم الزوجية. ناهيك عن المنازعات القضائية على المواليد من هذه الطرق بين ذات الرحم وذات الماء^(٤).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٧ والأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ص ٦٧ دار إحياء الكتب العربية.

(٢) دكتور أحمد نصر الجندى، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، ص ١١٠ - ١١٢.

(٣) الشيخ بكر بن عبد الله أبو زيد: ولد عام ١٣٦٥ هـ. درس في الكتاب حتى السنة الثانية الابتدائي، ثم انتقل إلى الرياض عام ١٣٧٥ هـ. وفيه واصل دراسته الابتدائية، ثم المعهد العلمي، ثم كلية الشريعة، حتى تخرج عام ٨٧ هـ / ٨٨ هـ من كلية الشريعة بالرياض منتسباً، وكان ترتيبه الأول. وفي عام ١٣٨٤ هـ انتقل إلى المدينة المنورة فعمل أديناً للمكتبة العامة بالجامعة الإسلامية. وكان بجانب دراسته النظامية يلزم خلق عدد من المشايخ في الرياض ومكة المكرمة والمدينة المنورة. ففي الرياض أخذ علم الميقات من الشيخ القاضي صالح بن مطلق، وقرأ عليه خمسا وعشرين مقامة من مقامات الحريري، وكان - رحمه الله - يحفظها، وفي الفقه: زاد المستقنع للحجاوي، كتاب البيوع فقط. وفي مكة قرأ على سماحة شيخه، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن باز كتاب الحج، من (المنتقى) للمجد ابن تيمية، في حج عام ١٣٨٥ هـ بالمسجد الحرام. واستجاز المدرس بالمسجد الحرام الشيخ: سليمان بن عبد الرحمن بن حمدان، فأجازه إجازة

(٤) فقه النوازل، ص ٢٦٨

كما جاء رأى أحد فقهاء الشريعة الإسلامية^(١) أن التلقيح بماء الأجنبي في الشريعة الإسلامية جريمة منكرة وإثم عظيم يلتقي مع الزنا في إطار واحد، جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء لرجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد أو ارتباط بزوجة شرعية، ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحال هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية وحرمة^(٢) ويقول أيضاً: إذا كان التلقيح البشري بغير ماء على هذا الوضع وبذلك المنزلة كان دون شك أفظع جرماً وأنكر من التبني لأن الولد المتبنى المعروف للغير ليس ناشئاً عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية، إنما هو ولد ناشئ عن ماء أبيه الحق به رجل آخر بأسرته وهو يعرف أنه ليس حلقة من سلسلتها، غير أنه أخفى ذلك عن الولد ولم يشأ أن يشعره أنه أجنبي فجعله في عداد أسرته، وجعله أحد أبنائه زوراً من القول، واثبت له ما للأبناء من أحكام. أما ولد التلقيح فهو يجمع بين نتيجة التبني وهي إدخال عنصر غريب في النسب، وبين الزنا في إطار واحد تنفر منه الشرائع والقوانين، ويستاء منه المستوى الإنساني الفاضل وينزلق به إلى المستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمعات الكريمة، وحسب من يدعون إلى تلك النتيجة المزدوجة التي تجمع بين الخستين، دخل في النسب أو عار مستمر إلى الأبد^(٣).

ومحصلة ما سبق يعد من الأدلة التي يترتب عليها التحريم

ب. مبررات حظر تأجير الأرحام:

استدل أصحاب الرأي الثاني القائلون بعدم جواز الحمل عن طريق الرحم المستأجر مطلقاً بما يلي^(٤):

- (١) الشيخ محمود شلتوت رجل دين إسلامي مصري وشيخ الجامع الأزهر 1958 - 1963 عضواً بمجمع اللغة العربية سنة ١٩٤٦ وكان أول حامل للقب الإمام الأكبر. ولد الشيخ محمود شلتوت بمحافظة البحيرة سنة ١٨٩٣.
- (٢) غويبة، سمير. المتاجرة بالأمومة والأعضاء البشرية. القاهرة: ستاربرس للطباعة والنشر، ١٩٩٩، ص ٨٧.
- (٣) السعدي، عبد الملك. العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية. القسم الأول، جدة: دار البيان العربي، ١٩٨٥، ص ١١٠، ٢ -
- (٤) جريدة اللواء الإسلامي ص ١٦ العدد ٩١٩ بتاريخ ٢٢ جمادى الأولى ١٤٢٠ - ٢ سبتمبر ١٩٩٩م وفيها مقال للأستاذ الدكتور محمد رافت عثمان - كتاب فتاوى =

أن الإنجاب بالاستعانة لتأجير الأرحام ترفضه الشريعة الإسلامية وكذلك جميع الشرائع الأخرى ، لذلك ذهب جمهور العلماء المعاصرين إلى حرمة هذه الوسيلة وعلى أساس ذلك :

"صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر رقم ١ بجلسته المنعقدة يوم الخميس ٢٩ مارس ٢٠٠١ م وقرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في الفترة من - يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ إلى يوم الاثنين ٧ جمادى الأولى ١٤٠٥ هـ الموافق من ١٩ : ٢٨ يناير ١٩٨٥ م"^(١).

١- الحجة الأولى: مخالفة عملية الرحم المستأجر مع نصوص القرآن والسنة :

استدل أصحاب هذا الرأي في معارضتهم إلى قول الله تعالى^(٢) والحافظين فروجهم والحافظات " وفي القرآن أيضاً قول الله تعالى : "والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون"^(٣) والمقصود هنا لقوله تعالى " العادون " أي المجاوزون الحد، من عدا، أي : جاوز الحد وجازه^(٤).

والآية وإن كانت خطاباً للرجال ، فهي تفيد أن الأصل في الفروج الحرمة^(٥) ومن ثم الحكمة من تحريم هذه الصورة أن استئجار الرحم لأجل الحمل

معاصرة ١ / ٥٦٧ للدكتور يوسف القرضاوى - مجلة الوعي الإسلامي العدد ٢٥٩ رجب ١٤٠٦ - فتاوى على الطنطاوى ص ١٠٦ الطبعة الثانية ١٩٨٦م - د/ سعاد صالح - وذهب كذلك إلى هذا الرأي د/ عبد الله مبروك النجار و انتهى إلى ذلك الرأي مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف

(١) <http; www. Dar- alifta. org / View Research. aspx ? ID= 38>
(دار الفتاء المصرية - مصدرها مركز الأبحاث الشرعية - تاريخ ٢٠/٨/٢٠٠٧ - موضوعها تأجير الأرحام)

(٢) سورة الاحزاب - الآية ٣٥

(٣) سورة المؤمنون - الآية ٥ - ٧ والمعارج ٢٩ - ٣١

(٤) الجامع لأحكام القرآن للإمام القرطبي : ١١ / ٩٨ ط. دار الفكر. بيروت ١٤١٩ هـ

(٥) قال ابن العربي : من غريب القرآن أن هذه الآيات العشر (أي في أول سورة المؤمنون) هي عامة في الرجال والنساء كسائر الفاظ القرآن التي هي محتملة لهم فإنها عامة فيهم إلا قوله : (والذين هم لفروجهم حافظون) فإنه خطاب للرجال خاصة دون النساء بدليل قوله : إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) وإنما عرف حفظ المرأة فرجها من أدلة أخرى ، كآيات الاحصان عموماً وخصوصاً وغير ذلك من الأدلة (أحكام القرآن لابن العربي ٣ / ٣١٤).

عقد إجارة غير شرعي ، والإجارة على المحرم محرمة وبالتالي المرأة لا تملك تأجير رحمها فلا تباح بالإباحة ؛ لأن الرحم يندرج تحت موضوع الفروج^(١) والأصل في الفروج الحرمة^(٢).

ومما لا شك فيه ، أن أعباء الحمل ومتاعب الوضع ، هي التي جعلت للأمومة فضلاً أي فضل ، وحقا أي حق ، وهي التي نوه بها القرآن الكريم وفي قوله تعالى (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ)^(٣).

ومعنى وهنا على وهن : أي ضعفت ضعفا للحمل وضعفا للطلق وضعفا للولادة ، فنحن نمنع ضرر امرأة تتمنى الحمل ولكنه يتعذر عليها ونوقع ضرر على امرأة تتحمل متاعب الحمل والولادة وفي النهاية لا تتمتع بالوليد الذي أنجبته ، هذا بالإضافة إلى أنها ممكن أن تكون متزوجة فسترد عليها شبهة اختلاط الأنساب وأن كانت غير متزوجة فسوف تعرض نفسها للقذف وقول السوء.

وجدير بالذكر نرى أن القرآن الكريم أكد على حق الأم وهو السر كذلك وراء تكرار قوله ﷺ الوصية بها ، وتأکید الأمر ببرها وتحريم عقوبتها ، وجعل الجنة تحت أقدامها^(٤).

والدليل على أن الأصل في الأبضاع التحريم قوله ﷺ (اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله)^(٥). فالمقصود من قوله ﷺ من كلمة "استحللتم" أي طلبتم الحل بعقد الزواج بعد أن كان محرماً أصلاً ، وهذا معناه قطعاً أن أصل النساء المنع والحظر^(٦).

(١) دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة : ٨٠٧/٢

(٢) الفروق للإمام القرافي : ١٣٠/٣

(٣) سورة لقمان آية - ١٤

(٤) تفسير وبيان مفردات القرآن ، ص ٤١٢ ، د/ يوسف القرضاوى فتاوى معاصرة ج ١ ص ٥٦٨

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الحج - باب حجة النبي ﷺ - ٥٦٥/٤ حديث رقم (٢٩٠١)

(٦) تأجير الأرحام حرام حرام. رد وتعقيب : د/ عبد القادر محمد أبو العلا - ص ٣٤ - بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثالث عشر - الجزء الأول

١٤٢٢ / ٢٠٠١ م.

ويرى بعض الفقهاء^(١) وجود ارتباط شرعي بين حق الإنجاب من رحم معين وجواز الاستمتاع الجنسي بصاحبة هذه الرحم :
من له الحق الاستمتاع الجنسي بامرأة له حق شغل رحمها بالحمل منه ،
ومن ليس له حق الاستمتاع الجنسي بامرأة ليس له حق شغل رحمها بالحمل منه
وأما الدليل على أن من ليس له حق الاستمتاع الجنسي بامرأة ليس له حق شغل
الرحم بالحمل منه ، فإن الزاني بامرأة متزوجة لا ينسب الولد إليه بل ينسب إلى
زوج المرأة يؤيد هذا قول الرسول - ﷺ - الولد للفراش ، وللعاهر الحجر أي
الولد ينسب لصاحب الفراش وهو الزوج.

نرى أن الثانية : سابق ربط بين حق الاستمتاع على الرحم نفسه الذي
يحمل وبين حدوث الإنجاب هذا ليس في كل الأحوال فيمكن أن يحدث الحمل
دون حدوث الاستمتاع لوجود علة بأحد الزوجين ولكننا نرى أن الارتباط
الشرعي يجب أن يكون مغزاه هو عقد الزواج وليس حق الاستمتاع الجنسي.

٢- الحجة الثانية: تعارض عملية استئجار الأرحام مع غريزة الأمومة :

مما لا شك في أن عملية استئجار الأرحام سوف يتولد عنها أمومة مشتتة
لكونها لما يترتب عليها من مشاعر عكسية تجاه الطفل الناتج من جراء هذه
العملية مما قد يؤدي إلى التفكك الأسري هذا بالإضافة إلى المشاكل التي سوف
تنشأ على أثرها بين أطرافها.

جاء في بدائع الصنائع : "الأصل في الأبضاع"^(٢) الحرمة والحظر^(٣)
والشاهد في كلام الأمام الكاساني والإمام الزركشي : أن الأصل في الأبضاع
الحرمة والحظر فلا تباح بالاستئجار ، وبناء على ما سبق فإن العقد على إجارة
رحم يعد إجارة لمنفعة الرحم ابتداء ولكن في الحقيقة هو بيع للطفل المولود انتهاء

(١) د / محمد رافت عثمان ويربط سيادته بين حق الاستمتاع بحق الإنجاب تأجير الأرحام في
الفقه الاسلامي د / نجاح عثمان ابو العنن الطبعة الاولى دار الوفاء ص ٥٥ ٢٠١٢ م
(٢) الأبضاع جمع بضع - والبضع بضم الباء الجماع - وبضع المرأة فرجها - معجم لغة
الفقهاء ص ٨٨.
(٣) بدائع الصنائع - ١٨٤ / ٥.

إجارة لمنفعة الرحم ابتداء ولكن في الحقيقة هو بيع للطفل المولود انتهاء وبيع الحر حرام^(١).

بناء على ما تقدم نرى أن عملية تأجير الأرحام^(٢) تشوه معنى الأمومة كما فطرها الله، وكما عرفها الناس؛ لأن القول به يؤدي إلى أن صاحبة البيضة والتي كل ما قامت به، ويصلها بهذا المولود أنها أنتجت يوما ما بيضة أفرزتها بغير اختيارها وبغير مكابده ولا مشقة عانتها من إفرازها تكون هي الأم الحقيقية، أما المرأة التي حملت الجنين في أحشائها وغذته من دمها أشهرًا طويلاً حتى غدا بعضاً منها وجزء من كيائها، واحتملت في ذلك مشقات الحمل وأوجاع الوحم والأم الوضع ومتاعب النفاس، فهذه مجرد "مضيقة" أو "حاضنة" تحمل وتتألم وتلد، فتأتي صاحبة البيضة، فتزرع مولودها من بين يديها دون مراعاة لما عانتها من الأم وما تكون لديها من مشاعر، كأنها مجرد "أنبوب" من الأنابيب، لا إنسان ذو عواطف وأحاسيس، فمعنى الأمومة التي عظمتها كتب السماء، ونوه الحكماء والعلماء، وتغنى بها الأدباء والشعراء، ونادت بها الشرائع أحكاماً وحقوقاً عديدة، وجدير بالذكر أن الأمومة التي تحمي أرقى عواطف البشر وأخلدها وأنقاها لا تتكون هذه الأمومة الشريفة من مجرد بيضة أفرزها مبيض أنثى ولقحها حيوان منوي من رجل، إنما تتكون من شيء آخر بعد ذلك، أن المعاناة والمعاشة للحمل أو الجنين تسعة أشهر كاملة، يتغير فيها كيان المرأة البدني كله تغيراً يقلب نظام حياتها رأساً على عقب، ويحرمها لذة الطعام والشراب والراحة والهدوء، أنه الوحم والغثيان والوهن طوال مدة الحمل، وهو التوتر والقلق والوجع والتأوه والطلق عند الولادة، وهو الضعف والهبوط والتعب بعد الولادة، إن هذه الصعبة الطويلة - المؤلمة المحبة - للجنين بالجسم والنفس والأعصاب والمشاعر هي التي تولد الأمومة، وتفجر نبعها السخي الفياض بالحنو والعطف والحب، هذا هو جوهر الأمومة وعطاء وصبر واحتمال

(١) مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى: تأليف مصطفى بن سعد بن عبد الرحيماني -
الأمام الحنبلي ٥٤٩/٢ وقد جاء فيه "الحر لا يباع ولا يشتري" الناشر المكتب
الإسلامي، بيروت (بدون تاريخ ٩).

(٢) د/ عطا السنباطي ص ٢٦٢ - بنوك النطف والأجنة ٢٠٠١ م.

ومكابدة ومعاناة ، ولولا هذه المكابدة والمعاناة ما كان للأمم فضلها وامتيازها ، وما كان ثمة معنى لاعتبار حق الأم أوكد من حق الأب.

قوله تعالى : **وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۖ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۚ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ**^(١).

فالله تعالى يوصي الإنسان بالحفاظ على أعضائه وعلى أشدها خطورة وهي الفروج ، فشددت الشريعة الإسلامية في رعايتها والاهتمام بشأنها ما لم تهتم بغيرها ، ولم تفرط باستباحتها إلا بتفويض منها ، فجعلت الإنسان يموت دون عرضه ، ورخصت إراقة دماء بعض النفوس المشتركة لها ، ولكن جعلت لهذا الحفاظ حدا تقف عنده ولا تتجاوزه ألا وهي الزوجية وما أحله الله من السرايا والإماء. وبينت مدى طموح النفس لهذا الأمر وجعلت النفس التي تطلب أمرا تستمتع به بعد ذلك معتدية ومتجاوزة لحدود الله فليس شيء أدل على تحريم التمكين من الفروج لغير الأزواج من وصف ذلك بالاعتداء والاعتداء محرم يكرهه الله ، والمرأة التي لم تحفظ فرجها من مني الأجنبي ولم تقتصر على مني زوجها متعدية الحد.

وهذا تأكيداً لقوله - ﷺ - : " لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره"^(٢).

ج - تقييم الباحث:

- بداية فحن مع الرأي القائل بأن عملية الرحم المستأجر تشوه معنى الأمومة وأن الدور الوحيد لصاحبة البويضة يقتصر على إفراز البويضة دون عناء ، ولكني لا أوافقه في وصفه لصاحبة الرحم المستأجر حيث إنه صورها وكأنها مغلوب على أمرها وأغفل أنها تقوم بكل ذلك مقابل اجر مادي أي أن الموضوع أصبح مهنة أو تجارة تقوم بها أو مقايضة لإحجاب طفل مقابل المال. ورأى أنه في الحالتين التجريم للثنتين معا.

(١) (المؤمنون: ٧).

(٢) أخرجه أبو داود ٤٩٧/١ ، والترمذي ٤٣٧/٣ ، وصححه ابن حبان وحسنه البزار.

- القول بإباحة الحمل عن طريق الأم المستأجرة يؤدي إلى كثير من المشاكل والمضار غير ما سبق ومنها ما يلي:

- إننا في بيئة عربية للمرأة فيها مكانة مميزة، سواء أكانت بتنا أم زوجة أم أما، وتستمد المرأة هذا الوضع من الشريعة الإسلامية عامة والشرائع الأخرى خاصة وعليه فإذا أجاز لها الحمل باستئجار رحم غيرها، فإنها إما أن تكون متزوجة أو غير متزوجة، فإذا كانت متزوجة فإنه سيثار حولها فتنة اختلاط الأنساب، أما إذا لم تكن متزوجة فستكون هناك حالة سوء على تلك المرأة التي حملت، إذا فهناك إضرار بالمرأة لأنها ستكون هي المظلومة في هذا الوضع، وهذا طبقاً للقاعدة الفقهية الضرر يزال وستتناول ذلك من خلال حكم المرأة المتزوجة والمنفردة.

وفي رأي أن اختلاط الأنساب أو حالة سوء على المرأة الغير متزوجة ليست من المشاكل المترتبة على عملية الرحم المستأجر، بالنسبة إلى اختلاط الأنساب علمياً لا يتم؛ لأنه مجرد أن يتم التخصيب يتكون غلاف يحيط بالبويضة المخصبة يمنع دخول أي نطفة ذكرية أخرى سواء أن كانت النطفة الذكرية لزوج صاحبة الرحم المستأجر أو لزوج صاحبة البويضة، أما بالنسبة إلى أقاويل سوء التي تتعرض لها المرأة الغير متزوجة صاحبة الرحم المستأجر، أعتقد أن المرأة التي سمحت لنفسها في إجراء مثل هذه العملية فلن تبالى بمثل هذه الأقاويل.

- إن القول بإباحة استئجار الأرحام سيفتح الباب على مصراعيه لكل من رغبت في الإنجاب دون حمل أو مجهود وذلك لرغبتها في الحفاظ على رشاقتها أو من يريد من زوجته جيش من الأولاد بماء زوجته الذي يفرز كل شهر عن طريق تحريضه بالأدوية ثمانية بيضات في المتوسط صالحة بعد التخصيب، حيث يمكن أن تنجب بعدد البيضات التي منحها الله لها والتي تبلغ حوالي أربعمئة بيضه، من الجنسين^(١).

(١) كما أن في القول بإباحة الحمل عن طريق الأمهات البديلات ضياع لذاتية شخصية المرأة والطفل في أن واحد عندما تتحول المرأة محضنة أو مفرخة بشرية ويتحول الطفل إلى سلعة يناقش ثمنها. علاوة على ما يؤدي إليه ذلك من تأثير سيء على النسل بإختيار حاضنات على نحو متكرر أو إستغلال نساء من طبقات اجتماعية محرومة، كما أنه ينكر

- إن في القول بجواز الاستعانة بأرحام المتزوجات سوف يترتب عليه فتنة اختلاط الأنساب، وهذا ما أكدته المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقررابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة، في الفترة من يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر سنة ١٤٠٥ هـ، إلى يوم الاثنين ٧ جمادى الأولى سنة ١٤٠٥ الموافق ١٩ - ٢٨ يناير سنة ١٩٨٥ م، فبعد أن أجاز ذلك في الزوجة الأخرى "الضرة"، رجع عن رأيه قائلاً: "إن الزوجة الأخرى التي زرعت فيهالقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل الثانية، قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من ولد معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين، ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج، كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البيضة من أم ولد معاشرة الزوج، كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الآخر الذي لا يعلم أيضاً هو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج، ويوجب ذلك من اختلاط الأنساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين، والتباس ما يترتب على ذلك من أحكام، وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة، كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرون في المجلس والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حاملة اللقيحة، واختلاط الأنساب على النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليه من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة سنة ١٤٠٤ هـ، وما ذهب إليه مجلس المجمع الفقهي من تعليل لعدم الجواز قد وقع بالفعل في المانيا^(١).

علاقة الرحم التي تنشأ بين الأم ووليدها والتي يكون لها أكبر الأثر على حسن تنشئة الطفل.

(١) فقد عرض على القضاء قضية هي الأولى من نوعها حيرته، واثارت الفقه للتنبيد بالنقص التشريعي هناك وتتلخص هذه القضية في أن امرأة لا تستطيع الحمل اتفقت مع امرأة أخرى على حمل الطفل، مقابل ٢٧ ألف مارك ألماني تدفع عند الطلب، وبعد تسعة أشهر جاءت المولودة ((Michaela وتسميها ابوها الموصان عليها، وقبضت الأم الحامل المقابل، لم يثار ادنى شك لدى الجميع في أبوة الطفلة، وبعد عام من الولادة والتسليم تم إجراء تحليل دم للطفلة الذي أوقع المفاجأة على الجميع، وكانت

إن في القول بجواز الحمل من خلال استئجار الأرحام يعتبر ناقوساً للخطر يشير إلى تفكك الأسر ومنازعات لا حصر لها بين الأم البيولوجية والأم بالرحم^(١) وتأکید اعلی ذلك نشیر إلى ما رواه الترمذي: "حدثنا علي بن حجر وهند قالاً: حدثنا إسماعيل بن عياش حدثنا شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي إمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله - صل الله عليه وسلم - في خطبة عام حجة

زوجة الأب البيولوجي قد تبنت الطفلة بالفعل؛ حيث جاءت النتائج مؤكدة أن الطفلة نتجت من علاقة عادية بين الأم الحامل وزوجها (زوج الأم بالانابة) وأن محاولات التخصيب لم تنجح، ورغم ذلك لم تسترد الأم بالرحم طفلتها لأنها كانت قد تسلمت المبلغ المذكور... أنها حضارة القرن العشرين حيث يبيع المرء ولده مقابل مبلغ من المال.

(١) من السوابق القضائية التي عكست الينا مثل هذه المشاكل:

عندما وافقت (ريتا باركر) على أن تكون أما بديلة - أي تحمل طفلاً زوجين هما "بولين" و"هاري تايلر" - وذلك مقابل أجر!! وتم الحمل بالفعل من اللقيحة المكونة من بيضة "بولين تايلر" والمخصبة بحيوان منوي من ماء زوجها "هاري تايلر"، وبدأ "هاري تايلر" يتردد على المرأة التي حملت له ولده، وبدأت المشاكل تظهر، فبالأم صاحبة الرحم المستأجر وقعت في حبه وغرامه وزنى بها، والزوجة الأصلية شعرت بالغيرة من عملية الحمل التي تكون طرفها من الناحية البيولوجية فقط، وبدأ الشقاق في الأسرة التي كانت تتمتع بقدر كبير من السعادة والاستقرار حتى ذلك الوقت، والأم البديلة "ريتا باركر" رفضت تسليم الوليد الذي حملته إلى صاحبة البيضة، واحتفظت به لنفسها بعد ولادته، وأن مشاعرها تغيرت بالحمل والولادة، أنها تشعر أنها أم ذلك الطفل ولا تستطيع التفريط فيه ورفع الأمر إلى القضاء، والقضاء في حين أمره.

والذين لا يعترفون بالمشاعر أو النواحي الإنسانية، قالوا: لا بأس أنه يتمكن التغلب على هذه المشاكل بالسيطرة على العناصر البشرية فيها، عن طريق عقد قانوني بين الأطراف المعنية!! وقد حدث عكس ذلك في أمريكا، حيث استأجر زوجان امرأة متزوجة لكي تقوم بدور صاحبة الرحم المستأجر مقابل مبلغ معين وتم شتل النطفة الأمشاج والمكونة من الزوجين في رحمها، وبعد الولادة تبين أن الطفل معاق ومصاب بنقص بالغ في حجم دماغه، بحيث سيظل طفلة حياته متأخراً عقلياً، فرفض الزوج الاعتراف بالطفل، كما رفض أداء اجرة "الكراء" المتفق عليها بدعوى أنه ليس هو الأب لذلك الطفل، وحكمت المحكمة بإلحاق الولد بالزوج المكثري بناء على التحاليل الطبية، ولكن بالفعل رض الزوجان أن يعيش الولد معهما وبقي في دار حضانة تحملت مصاريفها شركة من شركات التأمين.

كما حدث عكس ذلك في بريطانيا أيضاً:

- وأمرت المحكمة الأم المستأجرة في يناير سنة ١٩٨٥ عند ولادة الطفل بالاحتفاظ به، وتقول الفتاة "دو مينكو جيرو" Dominique Guerreo البالغة من العمر ٥٢ عاماً والتي تعمل كرحم ظئر في شركة "ستوركس" Storkes في الولايات المتحدة أنها تعتقد أن أم الطفل هي التي تحمله وتلد له لا تلك التي تدفع النقود فقط.

الوداع يقول أن الله قد أعطى لكل ذي حقاً حقه فلا وصية لوارث ؛ الولد للفراش وللعاهر الحجر وحسابهم على الله ، ومن ادعى إلى غير أبيه أو اتهم إلى غير مواليه فعليه لعنة الله التابعة إلى يوم القيامة ، وقال ﷺ : "إياكم وخضراء الدمن ، وهي المرأة الحسنة في المنبت السوء" ^(١)، لوجدنا أن هذه التوجيهات النبوية الشريفة تشير إلى علم الوراثة وهذا ما عهدناه في ديننا الحنيف.

وعلى هذا فالتلقيح بهذه الصورة يكون مفسدة ومحرم فعله ، ومن يفعل هذا يكون قد أفسد خليفة الله في أرضه ^(٢).

المبحث الثالث

موقف الفقه الإسلامي من استخدام رحم المرأة ^(٣)

- (١) مسند الشهاب القضاعي ، باب إياكم وخضراء الدمن ، ج ٣ ، ص ٤٦٨ .
- (٢) المتاجرة بالأمومة والأعضاء البشرية ، - د. سمير غويبة ، مكتبة مدبولي الصغير ، ط ١ ١٩٩٩ م ستار برس للطباعة والنشر ، الهرم القاهرة ، ص ٩٠ .
- (٣) أن الاجنبية قد تحمل بتوأمين مختلفين _ في مصدر البيضات (كان تؤخذ بيضة مخصبة من شخصين ، وبيضة أخرى مخصبة من شخصين آخرين (زوج وزوجة آخرين) ويزعان في رحم هذه الاجنبية فتحمل بتوأمين ، وقد حدث ذلك بالفعل : قد نشرت صحيفة (الجاردنيان) في لندن احداث فضيحة من فضائح أستجار الأرحام - Rent (Wombs) حول السيدة "أنجيلا" التي اجرت رحمها لأسرة غير القادرة على الإنجاب ، ولكن الغريب الذي حدث هو قيام الطبيب المختص بغرس جنينين في رحمها مرة أخرى : أحدهما لصالح إحدى الأسر والآخر لصالح أسرة أخرى . وقد تم هذا في شهر سبتمبر ١٩٩٦ م . وينمو الجنينان نموا طبيعيا في رحم أنجيلا رغم شجب الأوساط الدينية (كما حدث من ممثل الفاتيكان - جينوكو نسيستي في إحدى المجلات الإيطالية) لهذا السلوك الغريب والشائن ، ولقد دافعت أنجيلا عن نفسها وتذرعت بأنها تقوم بإدخال السرور على الأسر العاجزة عن الإنجاب .. ولكن الأكثر غرابة هو ماسيقع عند الولادة ، فلمن ياترى يعطي المولود الأول ، ولمن يعطي المولود الثاني ، وهما المولودان اللذان سيولدان في ولادة واحدة ؟! ، وأجاب الطبيب المختص بأن فصيلة دم المولود التي ستحدد أبوية الحقيقين وبالتالي فلا حيرة إذا ولا لبس في تحديد هوية كل من المولودين بعد ولادتهما . ولكن ردت هذه الاجابة بأن معرفة فصائل الدم تستخدم في نفي النسب ، أما في مجال إثبات النسب فإنها تصلح أن تكون رينة ترجيحية في وجود عقد زواج صحيح لقوله - ﷺ - "الولد للفراش" فهي إذا ليست قرينة قاطعة أو دليلا مستقلا أما في حالة عدم وجود عقد زواج صحيح فإنها لا تصلح دليلا لإثبات النسب لكثرة التكرار للفصائل التي اكتشفها العلم حديثا بين الأفراد .
- (٣) وجديرا بالذكر ايد المؤتمر الإسلامي الذي عقده المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة سنة ١٤٤٠ ولكنه سرعان ما تراجع عن هذا الرأي في دورته الثامنة المعقدة سنة ١٤٠٥ - طفل الأنبوب ص ١٢٣ ، ٢٢٤ للدكتور محمد علي البار - مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٥١٥/١ ، ٥١٦ طبعة سنة ١٩٨٧ م

وتتلخص هذه الصورة في أن رجلا له زوجتان وكانت أحدهما عقيما
فأخذت بيضة منها ولقحت بماء زوجها وزرعت نطفة الأمشاج في رحم زوجته
الأخرى السليمة فحملت ثم ولدت وليد بنطفة زوجها وبيضة ضررتها.
نجد أن العلماء اختلفوا فيما بينهم على هذه الصورة وسنقوم بعرض تلك الآراء:
الاتجاه الأول:

فإذا كانت الأم بالرحم المستأجر زوجة أخرى (ضرة) لزوج صاحبة
البيضة المخصبة فإنه في هذه الحالة يجوز للضرورة وعند الحاجة غرس بيضة
ضررتها المخصبة بنطفة زوجها وينسب الولد في هذه الحالة لصاحبة البيضة
المخصبة من زوجها.
الاتجاه الثاني:

أما إذا كانت الأم البديلة أجنبية فإنه لا يجوز، وإذا وقع بالفعل فإن الولد
ينسب لها لا لصاحبة البيضة المخصبة.
جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي لرباطة العالم الإسلامي في دورته -
السابعة سنة ١٤٠٤ هـ - بعدما نظر في الدراسة التي قدمها أحد أعضاء
المجلس....^(١)

الأسلوب السابع "هو السادس نفسه - أي أن يجري بالدراسة. في وعاء
الاختبار بين بذرتي زوجين ثم زرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها - إذا
كانت المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتبرع لها ضررتها
لحمل اللقيحة عنها، وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها
تعدد الزوجات، بل في البلاد التي تبيح هذا التعدد.
حيث يقول الزرقا^(٢).. وهذا وأن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعد
النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة، كما كتب ونشر في هذا الشأن،
وتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرفة حكم هذه الأساليب
المعروضة وما تستلزمه قد انتهى إلى القرار التفصيلي التالي:

(١) العضود / مصطفى الزرقا الإنجاب في ضوء الإسلام ص ٣٢٠، ٤٨١ - طفل الأنبوب
ص ١٢٦ د / محمد علي البار.

(٢) د / مصطفى الزرقا - المرجع السابق

إن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبيضة من زوجين، وبعد تلقيحها في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها المنزوعة الرحم، فيظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة.

وفي حالات الجواز يقرر المجلس أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدر البدرتين؛ ويتبع الميراث والحقوق الأخرى بثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة يثبت الإرث وغيره من الأحكام بين الولد ومن التحق نسبه به، أما الزوجة المتطوعة بالحمل عن ضررتها (في الأسلوب السابع المذكور)، فتكون في حكم الأم الرضاعية للمولود لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضع الذي يحرم من النسب.. ويختتم مجلس المجمع الفقهي قراره بقوله: "هذا ونظرا لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملاسبات حتى في الصور الجائزة شرعا ومن احتمال اختلاط النطف واللقائح في أوعية الاختبار، ولا سيما إذا كثرت ممارسته وشاعت، فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجؤا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى ويمتنهى الاحتياط والحذر من اختلاط النطف واللقائح".

ومن ذهب إلى هذا الرأي^(١) يرى جواز تبديل الرحم لحاجة العلاج في حالة محددة وهي حالة الرجل المتزوج بامرأتين أحدهما تعاني من عيوب في الرحم يستحيل معها الإنجاب^(٢).

فيجوز لها بضوابط معينة أن تعير الزوجة الأخرى رحمها لاحتضان طفلها المتخلق من بويضة الأم العقيم الملقحة بنطفة زوج كل منهما، ويبرر أصحاب هذا الرأي في إجازتهم لهذه الوسيلة على الحفاظ على الأسرة العقيم من

(١) د/ طارق أبو حوة المرجع السابق ص ٢٥١ ويقول سيادته ليجز تبديل الرحم لحاجة العلاج في حالة محددة وقد ذهب مجمع الافتاء بالملكة العربية السعودية إلى عدم إجازة هذه الحالة التي تقول بجوازها.

(٢) وقد مجمع الافتاء بالملكة العربية السعودية في بداية إجازة هذه الحالة ثم تراجع بعد ذلك وعاد يحرم هذه الحالة / راجع د/ عطا السنباطي المرجع السابق ص ٢٦٦ - ٢٦٧ د/ طارق أبو حوة المرجع السابق ص ٢٥١.

التفكك بالطلاق نتيجة لعدم الإنجاب مع العلم بأن وجود منى الرجل المتزوج بامرأتين في رحم أحدهما لا يكون شبيهاً بالزنا مطلقاً، لأنه يكون مستقراً في حرثه الشرعي غاية الأمر أن منيه لقح بويضة زوجته العقيم ليستقر في رحم زوجته الأخرى وكلتا الزوجتين حرثاً له، وحيث يمكن اختزال معظم المشكلات الشرعية التي تقف في سبيل إجازة الرحم المستأجر، خاصة مع الأخذ بالرأي الذي يرجحه أنصار هذا الرأي من ثبوت النسب للأم الجينية، الأمر الذي يقطع في كافة المنازعات التي يمكن أن تثور بين المرأتين حول نسب الطفل، حيث يمكن أن توصف مسألة استبدال الأرحام بالعمل الإنساني الذي ليس فيه مخالفة للشرع.

تعليق الباحثة:

يجب ألا نتفق مع الرأي السابق حول إجازة استعانة الزوجة العقيم بـ رحم ضررتها للحمل بدلاً منها،

ونريد أن نثوه بداية أن الإسلام كرم المرأة، وجعل لها من الكرامة والعزة ما يجعلها ترفض بأن تكون مجرد وعاء مجرد من المشاعر الإنسانية التي خصها بها إلى أعلى وجه الخصوص، وذلك لما تتحمله من أعباء في حياتها منذ حملها بجنينها المتخلق من جسدها وحتى أن يصبح إنساناً ناضجاً.

فالمشكلة هنا تنحصر في أحقية الأم بالمولود ولا دخل للأب في هذا الحق، فبمجرد موافقة الأم بالرحم على الحمل بدلاً من ضررتها فهذا يعد تنازلاً منها لضررتها بالمولود وهذا لا يجوز قانوناً ولا شرعاً، ولا يختلف الحكم من وجهة نظرنا عما إذا كان هذا الحمل تم ببويضة الزوجة العقيم أو ضررتها.

وانطلاقاً من ذلك نجد أن عقد الزوجية المنعقد بين الزوجة المستعار رحمها لحمل البويضة المخصبة من زوجها عبارة عن رخصة لتقنين ذلك الوضع ليس إلا، والدليل على ذلك أن الزوج لجأ إلى هذه الوسيلة ليس طلباً في الولد الذي يقدر أن ينجبه من زوجته السليمة مباشرة فحسب، بل للإنجاب من المرأة العقيم بالتحديد.

وبالتالي سوف يحرم ما حلله الله من حيث فقدانه لسبب من أسباب الزواج التي تؤدي إلى بطلانه وفي رأينا هذا تحايل على قضاء الله - جل شأنه - الذي قسمه له.

نرى أن مشكلة تأجير الرحم لا تقتصر على مسألة وضع اللقيحة في
حرثها الشرعي بل تمتد إلى أبعد من ذلك، وهو أن الهدف من الزواج هو إقامة
حياء للفرد مستقرة متكاملة بين أعضاء الأسرة التي سوف تكون نتيجة لثمرة هذا
الزواج، فكيف يبرر أصحاب الرأي السابق المؤيد لجواز تأجير أو تبديد رحم
الضرة حججهم على أساس الحفاظ على أسرة العقيم من التفكك أو الطلاق،
فى الوقت الذى ينزع طفل من أمه بالرحم وإعطائه إلى أمه البيولوجية، وهما
الاثنان متواجدان فى ظل علاقة واحدة لا تنقطع تعاملاتهم حتى بعد تمام تلك
العملية.

مع العلم بأنه حتى يومنا هذا لم يتفق الطب على رأى علمي موحد تجاه
مسألة تأجير الأرحام، من حيث مدى اشتراك صاحبة الرحم فى تكوين الجنين
الفسولوجي الموجود بأحشائه، أو تلك هي القضية المشهورة التي يبرز منها معنى
الأمومة^(١).

نرى أنه لو سلمنا بجواز الرأي السابق سيفتح لنا الباب على مصراعيه
أمام الزواج المؤقت الذي سيكون بغرض وقتي على أن تنطلق المرأة بعد إنجابها
للحمل تاركة ذكرى جميلة للزوجين حتى يكون لها أثر فى حياتهم ملحقة بباقة
من المشاكل التي تؤدي إلى أمومة مشتتة فى ظل وجود طفل لا حول له ولا قوة.

(١) تنازعت الرغبة الإنسانية تجاه النسب المتعلق بالطفل والمتمثلة فى رغبة القضاء الممزوجة
بالخيرة الشديدة وعلى مختلف اتجاهاته فى الحكم بثبوت نسب الطفل لإحدى المرأتين
دون بتر العلاقة بينه وبين الأخرى وتذكرنا تلك الخيرة الشديدة التي وقع فيها القضاء
الفرنسي بالقضية الشهيرة بقضية الدائرة حين تنازعت امرأتان على نسب طفل أمام
القاضي فى إحدى المنازعات المعروضة أمامه وفى مواجهة الخيرة التي تملكها القاضي
والناجمة عن الصعوبة البالغة فى حسم مسألة نسب الطفل لإحدى المرأتين رسم
القاضي دائرة وأوقف الطفل فى مركزها ودعا المرأتين إلى تلك الدائرة فوقف كل منهما
فى مواجهة الأخرى والطفل فى الوسط وذكر القاضي أن عليهما أن يتجاذا الطفل بقوة
ومن تنجح فى أن تضمه لصدرها فهي أمه وأثناء جذب الطفل من كلتاها شعرت
إحداهما بالخطورة الشديدة على الطفل من جراء التنازع على جذبه من ذراعه فتركته
للأخرى متنازلة لها عن النسب فحكم القاضي بثبوت النسب للتي تركته وليس للتي
نجحت فى جذبه إليها لأنها أمه الحقيقية التي تنازلت عن نسبه إليها كلية خوفاً عليه من
الإضرار به ولو اقتصر الأمر على مجرد إيذته بدنياً ولو يجذبه من ذراعه.

كما أننا نرى شيء من الغرابة في مباشرة الزوج لحمل زوجته ببیضة زوجته الأخرى، فما الداعي للرمي في التهلكة لقد شرع الله - عز وجل - للرجل تعدد زوجات، وجعل من مبرراته إذا كان بالزوجة عقماً أباح الشرع للزوج أن يتزوج من غيرها، فما الداعي لإعارة الزوجة الأخرى رحمها لاحتضان طفلها المتخلق من بویضة الأم العقيم؟ أي ضررتها الملقحة بنطفة زوج كل منهما، وأخيراً نحن لا نجيز الحمل بهذه الصورة لما يترتب عليها من الآثار التي تزعزع كيان الأسرة بل وكيان المجتمع.

مما سبق يتضح أن الرأي الراجع هو عدم أجازة الحمل عن طريق الرحم المستأجر سواء أكانت صاحبه أجنبية أو زوجة أخرى؛ لأن حق صاحبة الرحم المستأجر قاصر على الانتفاع به فقط، وليس حق منفعة، وحق الانتفاع قاصر على صاحبه، لا يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه^(١).

(١) موقف المجامع الفقهية من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام وكذلك المجامع العلمية ترفض تأجير الأرحام قرار الثالث في الدورة الثامنة سنة ١٤٠٥ هـ الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم وبعد. فإن مجلس الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ إلى يوم الاثنين ٧ جمادى الأولى ١٤٠٥ هـ الموافق ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥ م قد نظر في الملاحظات التي أبداها بعض أعضائه حول ما أجازته المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين ١١ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٤ هـ ونصها: "أن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبیضة من زوجين وبعد تلقيحها في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها منزوعة الرحم. يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة وملخص الملاحظات عليها: "أن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بیضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل إنسداد رحمها علي حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البیضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقه أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضاً أم ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج. ويوجب ذلك من اختلاط الانساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس ما يترتب علي ذلك من أحكام وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة". كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حامله اللقيحة واختلاط الانساب علي النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها. وبعد مناقشة الموضوع

ما الحكم إذا خصب زوج زوجته الأخرى خلصة بنطفة ضررتها لإصابتها بالعقم رغبة منه في الإنجاب من زوجته العقيم؟

وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام ١٤٠٤ هـ. وأعاد المجمع صياغة القرار ليصبح كالقرار السابق مع حذف الأسلوب السابع في طريق التلقيح الخارجي.

- قرارات مجمع الفقه المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي
القرار الثاني :-

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلي آله وصحبه. أن مجلس الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ - ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ الموافق ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م. بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي - أطفال الأنابيب - وذلك بالاطلاع على البحوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء. وبعد التداول. تبين للمجلس: أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبع: الأولى: أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته. الثانية: أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة. الثالثة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها. الرابعة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة. الخامسة: أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى. السادسة: أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. السابعة: أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً. وقرر: أن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعاً وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الانساب وضياع الأمومة. وغير ذلك من المحاذير الشرعية. أما الطريقتان السادسة والسابعة فقد رأى مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة. والله أعلم.

ومن ثم عاد مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة ١٩٨٩ إلى تحريم جميع صور استئجار الأرحام وذلك لما في الأمر من ملاسبات، ومخافة اختلاط النطف في المختبرات. ومن هنا نرى أن المجمع الفقه الإسلامي أجاز صورة واحدة من صور استئجار الأرحام ومن ثم حرمها جميعاً، معتمداً في ذلك على مبدأ سد الذريعة.

قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر:

أفتى مجمع البحوث الإسلامية بمصر بحرمة استخدام رحم امرأة أجنبية لوضع ماء زوجين في رحمها، وهذا القرار أصدره مجمع البحوث الإسلامية بمصر بعد انعقاده في يوم الخميس ٤ من محرم ١٤٢٢ الموافق ٢٠٠٣ - ١ - ٢٩، وبعد مناقشة علماء المجمع الموضوع قرروا أن ذلك حراماً، وقد جاء هذه القرار بإجماع علماء المجلس وعددهم خمسون فيما بقي الدكتور عبد المعطي مصرا على رأيه بجواز عملية تأجير الأرحام.

وهل يمكن تكييف جريمة إيجار الرحم بالصورة السابقة على جريمة هتك العرض دون تهديد؟

الأصل أن الزوج له حق اختصاص على بضع كل زوجاته كلا منهما على حدة، ولكن نرى من جانبنا أنه لا بد أن تكون هناك نظرة كلية حتى إذا سلك الزوج ذلك المسلك فإنه يعد تعسفا في استخدام الحق حتى في إطار الإباحة تظل الإباحة مقيدة وتقتصر على الرجل الذي له عدة زوجات.

ولكى يتبين لنا حدود حق الزوج في التصرف على بضع زوجاته ينبغي أن ننظر إلى محل العقد سأقوم بتصنيفها على النحو التالي :

- ١- إذا كان محل العقد هو الزوج ككيان إنساني مستقل لا على بضعها فيكون حق اختصاص الزوج مصدره العاطفة، وهناك خير مثال نظام القوانين الأوربية أحيانا قد لا يكون هناك عقد يحكم أو ينظم العلاقة بين الرجل، والمرأة ومع ذلك يكون المنظم والحاكم للعلاقة هي العاطفة بدلا من العقد ورغم عدم وجود عقد بينهما، إلا أن أحيانا تعطى المحكمة حقا للمرأة على أساس العلاقة بعد التأكد من أن هناك علاقة بالفعل وذلك من خلال طرق الاثبات.
- ٢- إذا كان محل العقد هو بضع المرأة فيكون حق اختصاص الزوج مصدره العقد.

ولو نظرنا إلى هذه الجريمة من زاوية ما يترتب عليها من مصلحة أو مفسدة، فنجد أن المفسدة المترتبة عليها غير مشروعة، أما بالنسبة إلى المصلحة فإما أن تكون مشروعة وتمثل في رغبة الزوج في الإنجاب من بضع زوجته لما له من حق اختصاص عليها أو غير مشروعة وهي أن يتم اللعب في النطف بتحريكها من مكانها الذي خلقت لكي تكون فيه بالإضافة إلى وضعها خلسة في رحم زوجته الأخرى وهذا الكلام يقودنا إلى سؤال مهم هل حق الاختصاص الذي يستأثر به الزوج على بضع زوجته حق انتفاع أم منفعة؟ لمعرفة نوع حق الاختصاص لا بد من التعرف على معنى كلا منهما.

- موازنه بين حق الاختصاص الزوج على سبيل الانتفاع أم على سبيل المنفعة:

الحق الأول يراد به مباشرة الزوج له وبنفسه دون أن يوكل أحد كالزواج مع الأخذ في الاعتبار أن الزوج ليس مالكا لبضع المرأة، بل إن مقتضى عقد

الزواج له أن ينتفع هو خاصة، وذلك بموجب حق الاختصاص وليس الملكية؛ لأن بضع المرأة لا يعد من الأشياء أو الأموال.

أما حق الاختصاص على سبيل المنفعة فهو أعم واشمل فله أن يباشر بنفسه وله أن يمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة مثلا وأيضا لا يرد إلا على الأشياء.

وللمحافظة على النسل اقتضى ذلك تنظيم الزواج واقتضى منع الإعتداء على الأعراض سواء أكان بفاحشة أو كتخصيب الزوج زوجته الأخرى خلصة بنطفة ضررتها لإصابتها بالعقم، رغبة منه في الإنجاب منها لمنع الإعتداء على الأمانة الإنسانية التي أودعها الله تعالى جسم الرجل والمرأة ليكون منهما النسل والتوالد الذي يجعل حياة الإنسان باقية على هذه الأرض. بالطريقة التي رسمها الله لهم.

لذلك يجب أن يجرم الزوج الذي خصب زوجته الأخرى خلصة أي دون علمها بنطفة ضررتها لإصابتها بالعقم رغبة منه في الإنجاب منها أو العكس رغبة منها في الإنجاب منه حتى لا تحدث شيوعية جنسية.

رأى الباحثة: ...

ونرى أن فعل الزوج يجرم لسببين

الأول: إذا كانت نيته في الزواج تنصرف إلى الإنجاب فقط من زوجته صاحبة الرحم الذي حمل ووضع فيه النطفة الأنثوية لضررتها مخصبة بنطفة زوجها وأية امرأة تقبل بهذا الوضع المشين، ومن ثم يكون زوجها مؤقتا وخاصة لو أنهى الزواج من زوجته صاحبة الرحم بمجرد أن تضع.

والثاني: وهو أن الزوج وضع نطفة أنثوية غريبة عن نطفة زوجته داخل رحمها خلصة أي دون علمها وهذا أمر غير مقبول.

لذلك نرى أن هذا الفعل أشبه واقرب بجريمة هتك العرض دون تهديد؛ لكون الزوج اقتحم بضع زوجته بوضع النطفة الغريبة في رحمها دون علمها ووجه التجريم متوفر بالرغم من أن الزوج له حق اختصاص ومنفعة على بضع ورحم زوجته إلا أنه لا يملك حق التصرف فيه دون علمها بصرف النظر عن مدى اباحة أو حرمة هذا التصرف، ولا خلاف حول تخلف عنصر الرضا المسبق

للزوجة صاحبة الرحم المستأجر أو إذا اقترف الزوج فعل تخصيبها بنطفة منرتها بالخداع وتكون النتيجة واحدة والمحصلة واحدة ففي جميع هذه الحالات إذا انتفى عنصر الرضا، تتوافر أركان الجريمة، التي لا تتكون في حال وجود هذا الرضا.

وتطبيقاً على تجريم موقف الزوج الذي ينتهك حرمة رحم زوجته بوضع نطفة منرتها بالأنثوية في رحمها خلصة ذلك تأكيداً على أن عضو الرحم ليس قابلاً للبذل والأباحة كما سبق وأن ذكرنا فإن الشرع حرم الانتفاع أو الاختصاص لغير الزوج ببضع المرأة.

لأنه يؤدي إلى شغل رحم هذه المرأة التي استمتع ببضعها بنطفة لا يسمح الشرع بوضعها فيها إلا في إطار علاقة زوجية يقرها الشرع، فمن الأولى عدم قابلية الرحم للبذل والأباحة، وذلك لضمان حفظ الانساب وعدم اختلاطها. لذلك نرى أن هذا الفعل أقرب منه بهتك العرض دون تهديد، والسبب بوصفه بتلك الجريمة كون الزوج في تعريض زوجته لعملية يباشرها طبيب دون علمها ولا موافقتها بإدخال نطفة غيرها بالأنثوية.

ولهذا يقتضى بنا أن نوضح جريمة هتك العرض دون تهديد: هي اتصال جنسي غير مشروع لا تكتمل فيه العلاقة الجنسية بالوطء أو "الوطء فيما دون الفرج" بحسب نوع الفعل ودرجة جسامته.

وانطلاقاً مما سبق نرى أنه إذا كان الفعل أمراً جائزاً للفرد مباشرته، فيترتب عليه ضرر بالغير، وكان من قبيل الرخص كان مسئولاً عن ذلك الضرر لأن الشرع الإسلامي قد اشترط في مزاولة هذا النوع السلامة وعدم الضرر، فعلى سبيل المثال السير في الطريق رخصة إباحها الشرع علي ألا يكون سبباً في ضرر غير السائر فيه؛ لأن الرخص عامة مشتركة بين جميع الناس، وذلك ما يقتضى الحذر والحرص في مزاولتها واستعمالها حتى لا يضر إنسان بسبب اندفاع غيره، وهما في الانتفاع سواء^(١)؛ ولذا كان الضرر في هذه الحالة مستوجباً للتعويض. وتطبيقاً على ما سبق ذكره.

(١) الضمان في الفقه الإسلامي - للشيخ علي الحنيف - المرجع السابق - ص ٩٢.

نرى أنه بفعل الزوج الذى قد يكون جائزا فى جزء منه ، وهو دخول
نطفة ذكرية على بضع زوجته لتخصيبهن ورغم أن هذا الفعل من قبيل
الرخص ، إلا أنه نتج عنه ضرر للغير وهى زوجته التى خصبها دون علمها ونرى
أن يحق للزوجة المطالبة بالتعويض من زوجها وضررتها جراء ما حدث .
لذلك نقترح من جانبنا على المشرع المصرى تطبيق المواد الخاصة بجريمة
هتك العرض^(١) دون قوة أو تهديد على فعل الزوج إذا خصب زوجته الأخرى
خلسة بنطفة ضررتها دون علمها .

المبحث الرابع

ماهية المصلحة المرتبطة باستخدام الرحم

أولا: هل المصلحة المترتبة على عملية التأجير من المصالح التى اعتبرها الشارع أو من
المصالح التى افها الشارع أو من المصالح المرسله التى سكت عنها الشارع؟

لمعرفة الاجابة على هذا السؤال يتطلب منا البحث فى مدى اعتبار إجراء
عمليات تأجير الأرحام من قبيل المصالح المعتبرة أم الملقاة أم المرسله وسوف نقوم

(١) يجب الرجوع على نصوص المواد الاتى ذكرها :
مادة ٢٦٧ - من واقع أنثى بغير رضائها يعاقب بالاشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة فإذا
كان الفاعل من اصول المجنى عليها أو من التولين تربيتها أو ملاحظاتها أو من لهم
سلطة عليها أو كان خادما بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالاشغال
الشاقة المؤبدة .
مادة ٢٦٨ - كل من هتك عرض انسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع فى ذلك يعاقب
بالاشغال الشاقة من ٣ إلى ٧ سنوات .
وأن كان عمر من وقعت عليها الجريمة المذكورة لم يبلغ ست عشر سنة كاملة أو كان
مرتكبها ممن نص عنهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ يجوز ابلاغ مدة العقوبة إلى
اقصى الحد المقرر للاشغال الشاقة المؤقتة وإذا اجتمع هذان الشرطان معا يحكم
بالأشغال الشاقة المؤبدة .
مادة ٢٦٩ - كل من هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمانى عشر
سنة كاملة بغير قوه أو تهديد يعاقب بالحبس وإذا كان سنة لم يبلغ سبع سنوات كاملة
أو كان من وقعت الجريمة مما نص عليهم فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٧ تكون العقوبة
الاشغال الشاقة المؤبدة كما يتعين على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار إعادة النظر فى
الجرائم الجنسية والخلقية داخل وخارج إطار العلاقة الزوجية وخاصة فى ظل
المستجدات الطبية الحديثة وهذا اسوة بالمنهج الذى تطبقه الشريعة الإسلامية . المنبثقة من
كتاب الله تعالى القرآن الكريم الذى شرع فيه لكل العصور .

بعرض موازنة بين كفتي المصالح والمفاسد كي تتعرف على أي منهما ستكون كفته الأرجح لعمليات تأجير الأرحام وذلك من خلال البحث في :
- مدى تكييف المصالح والمفاسد المترتبة على ممارسة عمليات تأجير

الأرحام

- ثم عمل موازنه بين المصالح والمفاسد المترتبة على الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام من وجهة نظر الباحث ، ولكي يتبين لنا مدى تصنيف عمليات تأجير الأرحام من المصالح لابد من توضيح مدى اعتبار توصيف الشارع لهذه العملية

١- المقصود بالمصالح^(١) التي اعتبرها الشارع: هي المصلحة التي شرعت الأحكام لتحقيقها ودل الدليل على أن الشارع قصدها عند تشريعه ، والمقصود بالمصالح التي الغاها الشارع: وهي كل مصلحة قام النص أو الاجماع أو القياس على إلغائها وعدم اعتبارها لما فيها من تحقيق الضرر - ولو توهم الإنسان أن فيها مصلحة - سواء أكان ضررها واضحا أم أنها تؤدي إلى ضرر لاحق ، أو لا يدرك ضررها إلا بالنظر والفكر.

(١) المراد بالمصالح لغة: ما صلح به أمر الناس بما أمر به الشارع أو رخص له ، ويقال صلح الشيء صلوحا من باب قعد ، وهو خلاف فسد وفي الأمر مصحة أي خير راجع للمصالح.

فجاء في مختار الصحاح: الصلاح: ضد الفساد كالصلوح ، والمصلحة واحدة المصالح ، والاستصلاح ضد الاستفسار (مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ص ٣٦٧ - دار القلم بيروت - سنة ١٩٧٩)

وفي المصباح المنير: " صلح بالفتح - و صلح - بالضم - ضد فسد وأصلح : أتى بالصلاح : وهو الخير والصواب وفي الأمر مصلحة أي خير والجمع : مصالح (المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي للعلامة احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي المتوفى سنة ٧٧٠ - طبعة دار المكتبة العلمية بيروت - ص ١٣٢ -)

وفي لسان العرب : والمصلحة واحدة المصالح والمصلحة: الصلاح ، فكل ما فيه نفع سواء بالجلب والتحصيل ، كاستحصال الفوائد واللذائذ ، أو بالدفع والانتقاء كاستبعاد المضار والآلام ، فهو جدير بأن يسمى مصلحة (لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفریقی (٢/ ٥١٦ ، ٥١٧) - دار صادر بيروت -)
تعريف الباحثة المصالح هي: الأعمال التي تحقق جلب المنافع لأصحابها بشرط أن تكون متفقة مع الآداب والنظام العام ومحقة للواجبات الشرعية التي ألزمها المشرع للمكلف.

الفرق بين التعبيرين عند الإمام الغزالي : هو أن المتفعه المجلوبة والمفسدة المدفوعة وفقاً للمعنى الأول غير منظمة ؛ لأنها لا تخضع لموازين الشرع ، فقد يجلب المرء ما يظنه مصلحة لنفسه ، لكنه في مقصود الشرع مفسدة ، وهو ما يمكن أن يطلق عليه مقاصد الخلق فيرى فضيلته رحمه الله عليه أن كل مصلحة لا تحظى برعاية الشارع فهي مصلحة غير شرعية وهذا ما نراه اليوم حول عمليات تأجير الأرحام.

٢. مدى تكييف المصالح والمفاسد^(١) المترتبة على ممارسة عمليات تأجير الأرحام:

لا شك في أن أسلوب بعض النوازل المستحدثة التي تتعامل على جسد الإنسان جعلت منه مادة طبيعية ، يمكن دراستها من خلال التجارب العلمية التي تجعل من أعضاء الإنسان ، ونخص بالذكر رحم الأنثى فهو حضانه يوضع فيها أي جنين ، بصرف النظر عن اسم هذا الجنين أو جنسيته أو نوعه ، لأن الذي يهم في الموضوع هو اكتمال أو معالجة من بداخل الحضانة حتى يتسلمه أهله ، وأخفقت هذه الأساليب المستحدثة مشاعر الأمومه ومشاعر الجنين نفسه بعد تكوينه في هذا الرحم الغريب عنه ، فقد يظهر عجز هذه الأساليب واضحاً عندما لم تستطع أن تصل إلى غايتها فكل ما فعلته هو أنها أرشدتنا إلى منهج يمكن من خلاله ظهور ابتكارات انجابية حديثة ، ومن هنا انقسمت الآراء إلى مؤيدين ومعارضين لهذه الوسيلة المستحدثة ويظهر دور المؤيدين في إبرازهم للمصالح المترتبة على تلك العملية بينما ينصرف المعارضين لتلك التقنية إلى ظهور المفاسد المترتبة من جراء عمليات تأجير الأرحام .

٣. المصالح المترتبة على عملية استخدام الرحم:

تظهر أهمية هذه القاعدة من خلال الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على الآثار الناتجة من جراء هذه العملية ومن ثم نرى أن المعيار الرئيسي للحكم

(١) المفاسد هي : جمع مفسدة ، وهي مانهى عنه الشارع لما فيه من الفساد وفي المعجم الوجيز : المفسدة الضرر ، يقال : هذا الأمر مفسدة لكذا فيه فساد ، والمفسدة : ما يؤدي إلى الفساد من لهو ولعب ، ونحوهما والجمع مفاسد المعجم الوجيز معجم اللغة العربية - ص ٤٧١ مرجع سابق.

تعريف الباحثة "المفاسد هي الأفعال التي تتعارض مع الواجبات الشرعية التي ألزمها المشرع للمكلف"

على مثل هذه العمليات هو النتائج المترتبة على أجراءها سواء أن كانت مصلحة أو مفسدة

إن أغلبية المؤيدين والمجيزين لهذه العملية هم الأطباء، ويرجع السبب في ذلك إلى صحة التقدم العلمى التى نعيشها حديثا حيث ذكر الأطباء وأصحاب الآراء المؤيدة لتلك العملية أنها يترتب عليها مصالح كثيرة ونتائج مذهلة منها :
تقدم نسبة نجاح عمليات الإنجاب بواسطة وسيلة تأجير الأرحام عن عمليات نقل الأرحام من ذويها إلى امرأة أخرى تريد الإنجاب ، وذلك عن طريق التبرع (الأعضاء) أو الشراء من أخريات سواء كن أحياء أو متوفيات إكلينيكيًا تحقيق مصلحة مادية للمرأة صاحبة الرحم وجعل هذه العملية مصدر رزق وخاصة فى الدول الفقيرة كالهند مثلاً ، وفى المقابل تحقيق الحلم المنشود للزوج العقيم فى الإنجاب

تحقق المصلحة للمتزوجين بامراتين وعندئذ ستكون الأم المستأجر رحمها ضرة للزوجة أو زوجة ثانية للزوج ، وهكذا فسنحل مشكلة حماية الفروج والأرحام ، ولن يدخل ماء الرجل جسم امرأة غريبة ، كان يكون الزوج متزوج من امرأة كبيرة سناً وبالتالي لا تنتج نطف انثوية (بيضات) ، ولكن رحمها سليم فى الوقت الذى تتمتع فيه زوجته الأخرى ببيضات ولكن رحمها معيب ممارسة هذه العملية للأزواج العقيمين بديلة لنظام التبنى عند الشرائع التى لا تعترف بهذا النظام تحقيق المصلحة فى الاستعانة بهذه العملية للدول التى تدخل فى حروب مستمرة وتفقد كثير من رجالها.

تتحقق المصلحة فى انجاب الطفل بهذه الوسيلة ، بدلا من المعاناة التى تصيب أم الجنين من جراء إسقاطه المتكرر أو فى اللجوء إلى الاستنساخ البشرى.

٤- هل عمليات استخدام الأرحام تتوافر فيها شروط المصلحة المرسلة^(١) ؟ من شروط المصلحة أن تكون المصلحة ملائمة لمقاصد الشرع ؛ بحيث لا تنافي أصلاً أصوله ولا تعارض نصاً أو دليلاً من أدلته القطعية ، وعقد الإجارة هذا يخالف

(١) شفاء الغليل للغزالي ص ١٥٠ - أصول الفقه ، للشيخ زكى الدين شعبان ص ١٣٤ ط، دار نافع ، نشر دار الكتاب الجامعى ، القاهرة بدون تاريخ .

النص القرآني القائل : (نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم)^(١) ، وحرثكم فسرهما العلماء بالمكان الذي يلقي فيه البذار وهو رحم الزوجة ، أما هنا فالبذرة تلقى في حرث غيره ولا ملك له فيه.

المصلحة مقطوعاً بها حقيقية لا وهمية : بأن يتحقق من تشريع الحكم على مقتضاها جلب نفع أو دفع ضرر ، وقد تبين أن هذا الأسلوب ضرره أكبر من نفعه والقاعدة الفقهية تقول : "إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع"^(٢) والمقتضى هو الأمر الطالب للفعل لتضمنه المصلحة والمانع هنا المفسدة فوجود المانع يمنع من الفعل إلا إذا كانت المصلحة أعظم. ويبنى علي هذه القاعدة قاعدة أخرى : "إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والمحرم غلب الحرام"^(٣).

ففي تغليب جانب الحرمة درء مفسدة وتقديم المانع ، ومن ثم فهنا يقدم دليل التحريم في الأصح تغليباً للتحريم وعملاً بقاعدة : "درء المفسد أولى من جلب المنافع"^(٤).

أن تكون مصلحة عامة للناس وليست مصلحة شخصية لأن الشريعة جاءت للناس كافة ، وهذا الأسلوب لا يحقق مصلحة عامة بل مصلحة ذاتية وخاصة بالنساء ذوات الرحم المعلول وليس كل زوجين عقيمين ، مما تفيد فئة دون فئة ؛ فلذلك لا يصح الأخذ بأي حكم يقصد به رعاية مصلحة شخص أو فئة معينة خاصة. وهذه الشروط اعتبرها الإمام الغزالي - رحمه الله - .

وأخيراً المصالح المرسل^(٥) . والمصالح المرسل لا تكون إلا في الوقائع التي سكنت الشارع عن بيان حكمها وليس لها أصل معين تقاس عليه ، علي حين

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٣.

(٢) المجلة / المادة : ٤٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي / ص ١٠٥.

(٤) المجلة / المادة : ٣٠.

(٥) هي المصالح الملائمة لمقاصد الشارع والتي لا يشهد لها أصل خاص بالاعتبار أو الإلغاء. فإن شهد لها أصل خاص دخلت في عموم القياس ، وأن شهد لها أصل خاص بالإلغاء فهي باطلة ويعتبر الأخذ بها مناهضاً لمقاصد الشارع وتعرف هذه المصالح عند المالكية بالمصالح المرسل أي المطلقة عن دليل اعتبار أو دليل إلغاء - حكمها - هذه المصلحة الملغاة لا يجوز التعليل بها ولا بناء الحكم عليها باتفاق العلماء.

يوجد فيها معني مناسب يصلح أن يكون مناطا لحكم شرعي يحكم به بناء علي ذلك المعني المناسب.

يتبين لنا من خلال ما سبق أن ييناه أن عملية إستخدام الرحم من المصالح التي ألفاها الشارع.

فلا سبيل إلى قبوله، وقد وضع الاحكام التي تطالب الناس بالأبتعاد والنهي عن الاخذ به؛ فالشارع لا يلغي مصلحة إلا إذا عارضتها مصلحة أرجح منها، أو استتبع مفسدة لا يستخف بامرها، وعلى سبيل المثال الخلاف الذي حدث حول مسألة تعدد الزوجات فأبيح التعدد، وقد يبدو أن منع التعدد مصلحة وهي تنافي ما قد يحدث من بين الضرائر من المنازعات والخصومات؛ والتي قد يكون لها عواقب سيئة في حل الروابط بين أفراد الاسرة الواحدة؛ ولكن الشارع ألغي هذه ولم يعتد بها، وأباح تعدد الزوجات أكتفاء باشتراط العدل بين الزوجات لإباحة هذا التعدد وليكن التعدد علاجاً اجتماعياً عندما يعرض للامة نقص في رجالها، وخاصة في أعقاب الحروب، وحتى لا يقعد عدد كثير من النساء بدون عائل يقوم بشؤونهم،

و نظرا لما يترتب عليه من المصالح العديدة لتكثير النسل والتواليد الذي هو المقصود الأول من الزواج و صون النفس.

هـ المفسد المترتبة على استخدام الأرحام:

سبقت الإشارة إلى أن بعضا من علماء الطب والفقهاء ذكروا العديد من المصالح المترتبة من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام الانثوية، ومع ذلك يمكن القول بأن هناك الكثير من المفسد التي يمكن أن تترتب أيضاً على عمليات تأجير الأرحام

وانطلاقاً مما سبق نرى ذلك المعنى في الآية الكريمة:

الآية الكريمة من سورة المؤمنون: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۖ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۖ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾^(١).

(١) سورة المؤمنون الايه ٧.

ومن ثم سنقوم بسرد المفاسد التي ترتبت على هذه العملية معللين الأسباب التي أدت إلى جعلها مفسدة:

تحقق المفسدة من خلال المعاناة النفسية والاجتماعية التي قد تصيب الجنين بعد أن يصبح إنسانا، وكذلك أمه بالرحم، بالإضافة إلى شعور الأم البيولوجية إلى افساد معنى الأمومة، ومما لا شك فيه سوف يؤدي هذا إلى تنازع الولاء عند الطفل بعد الإنجاب، هل سيكون ولاؤه للام البيولوجية صاحبة البويضة أو للام بالرحم صاحبة الرحم المستأجر التي حملته وأرضعته من ثديها؟ مما قد يعرضه للمعاناة النفسية إذ أنه لن يعرف إلى من ينتمي بالضبط أمه الأولى أم أمه الثانية؟ ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح.

تحقق المفسدة من خلال كشف عورة المرأة التي يراد تأجير رحمها
تحقق المفسدة من خلال المساس بكرامة الإنسان وذلك باستخدام تلك الأعضاء وجعله مادة للمتاجرة تسخيرها لأغراض لا تليق بالرفعة والسمو الذي خصهم الله لبنى البشر

تتحقق المفسدة في عملية استخدام الأرحام باختلاط الانساب وهو وجه من أوجه الشبه بينها وبين عملية الزنا وفي كلتا العمليتين لا يوجد حفظ للفروج وتحقق المفسدة إذا كان هناك خطورة في احتمال حمل الضرة في مثل هذه الحالة، فربما تحمل الضرة على اللقيحة وتضع توأم لا يعرف كل منهما ابن من، أو ربما يموت أحد التوأمين، فيزداد النزاع والصراع بين الزوجتين حول التوأم الذي على قيد الحياة.

ولا شك من أننا يجب أن نبحث موضوعا يسبب ضررا حتميا علي أطراف العلاقة المشتركة في عمليات الإنجاب بوسيلة استخدام الأرحام ولو كان هذا الضرر يسيرا؛ لذلك كان لابد من معرفة نوع الضرر وحجمه مقدما.

ثانياً: الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على الإنجاب بوسيلة استخدام الأرحام من وجهة نظر الباحثة:

قد يبدو للوهلة الأولى أن عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام من الأمور التي لم يقم دليل من الشرع علي اعتبارها أو إلغائها، وأنها تعد من الأمور المستحدثة التي لم يتطرق إليها الفقهاء القدامي، إلا أنه بالتدقيق وبإمعان

النظر في هذه العملية يمكن القول بانها من المفاصد التي تبينت لنا عن طريق الاستنتاج والاجتهاد بقيام الدليل الشرعي علي إلغائها ، فالأصل في الأيضاع التحريم ، ولذا قال في كشف الأسرار شرح فخر الإسلام الأصل في النكاح الحظر ، أبيع للضرورة فإذا تقابل في المراء حل وحرمة غلبت الحرمة ولهذا لا يجوز التحرى في الفروح^(١).

والدليل على ذلك إمكانية تطبيق هذه العملية على قاعدة درء المفاصد المقدم على جلب المصالح حيث إنه تعتبر هذه القاعدة هي المعيار الأساسي الذي يتم على أساسه الموازنة بين المصالح والمفاصد لتبين الحكم ، وانطلاقاً مما سبق وأن يبناء بشأن المفاصد والمصالح المترتبة على عملية تأجير الأرحام تبين لنا :

المفاصد التي ظهرت لنا من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام تتفوق على المصالح من حيث الجملة ، أما من حيث التفصيل فينبغي النظر إلى كل طرف من أطراف العلاقة على حدة ومدى ما تحققه هذه العملية من توابع بحسب الغرض والهدف من تحقيقها .

١- هل تعد عملية استخدام الأرحام مباحة بناء على نتائجها إذا تحققت المصلحة .

أم ينبغي أن تبحث كل حالة على حدة؟ ..

ينبغي ألا نسلم بكل ما هو جديد سواء أكان نازلة أو ابتكار مستحدث وخاصة ما يتعلق بجسد الإنسان لمجرد أنه سيخدم البشرية ، فلا بد أولاً من دراسة المعايير والمقاييس لإجازة هذا المستحدث وذلك قبل تطبيقه والعمل به وكل هذا يتم من خلال إجراء موازنة بين ما هو صالح لمجتمعنا ومتفق مع شريعتنا الفراء وما هو فاسد ومناقضا لها .

ومثال على ذلك عملية استخدام الأرحام موضوع بحثنا يرى بعض الأطباء أن هذه العملية نتاج المستجدات الطبية الحديثة التي ينبغي علينا الانسياق والتسليم إليها باعتبارها نازلة تخدم البشرية اسوة بغيرها كالتوازل التي سلمنا بها في مجال الإنجاب الصناعي وهذا غير معقول ، إذ لو صح ذلك لكانت الشريعة

(١) عبد العزيز بن أحمد البخاري، المتوفى سنة ٧٣٠ هـ ، كشف الأسرار على أصول الإمام فخر الإسلام أبي الحسن ابن حسين البزدوى، طبع في مكتب الصنائع بواسطة حسن حلمي الريزوى سنة ١٣٠٧ هـ .

محكومة بخبرات العلماء وأفكارهم وتجاربهم الشخصية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به.

إذن لابد من دراسة جميع المستجدات والنوازل المستحدثة ويبحث في مدى موافقة هذه المستجدات مع شريعتنا الغراء ، فإذا وافقت هذه المستجدات مع نصوصها ترتب على الأخذ بها مصلحة للإنسانية أما إذا تعارضت هذه المستجدات مع نصوص شريعتنا وأحكامها تولدت عنها مفسدة للبشرية. فبالنظر إلى موضوع التأجير بعد تحليل عناصره نجد أن تفاوت تحقيق المصلحة والمفسدة لأفراد العلاقة ؟ ١

بالنسبة إلى الأنثى صاحبة الرحم الذى تم استجاره. نرى أنه لابد من أن تكون هناك نظرة كلية على جسد الأنثى صاحبة الرحم المستخدم وليس إلى رحمها فقط باعتباره عضو من أعضائها ؛ لأننا نرى إذا نظرنا للرحم كعضو منفرد أو منفصل عن الجسد اعتبر شىء.....؟ ١

٢- وهذا يقودنا إلى سؤال مهم هل ننظر للمرأة المستأجر رحمها فى جسدها بالكامل باعتبارها انسان أم نبضعها فقط كعضو فى هذا الجسد؟

للإجابة على السؤال السابق لا بد من مراجعة موقف شريعتنا الغراء فى البداية كما ذكرنا لا تقبل الشريعة اعتبار رحم الأنثى سلعة تؤجر ؛ لأنها جزء من الإنسان المعصوم بالإضافة إلى أن الله قد خص كل عضو من أعضاء الإنسان بوظيفة لاتمام كمال النشاط الجسدى وبالتالي خص الله عز شأنه عضو الرحم بوظيفة الجنس للبقاء والمتعة.

وبالتالى لا نستطيع الفصل بين الرحم الانثوى وجسد المرأة أو الكيان الانثوى للمرأة التى ومع الأسف نسبته هى فى بعض الأحيان ؛ لأن الإنسان قيمته تكمن فى أنه لا يقبل التجزئة حتى لا تسرى عليه قواعد الاشياء.

ويقودنا هذا المعنى إلى هل من المصلحة أن يصبح جسد الإنسان مكان للتداول باعتبار ان موضوع الرحم المستأجر أو المستعار أو البديل يتم نظير مقابل مادى إذا أصبح الجسد يتداول مقابل المال وليس الموضوع انسانى كما يدعون وتحقق المفسدة للأم صاحبة الرحم المستأجر هذا باعتبار أن رأى الطب

لن يتغير من عدم إمكانية إنتقال أي مورثات للطفل أو اشتراك من جهة الأم بالرحم والا أصبحنا أمام قضية بيع اطفال وليس تأجير أرحام.

وأخيرا ومن وجهة نظر واقعية تبين لنا بتمثل المصلحة للمرأة صاحبة الرحم هي حصولها على أجر مقابل التأجير، ونرى أن المفسدة تتحقق لها في تسليم طفلها المولود الذي نعتبره نحن إبنها لها، وذلك أسوة بالإبن في الرضاعة، ونرى أن العلة في ذلك اتحاد الاثنين من مصدر الغذاء وهو الدم واللبن ويتطبيق قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح يتضح على الأم بالرحم، ونعنى بالذكر المصطلح السابق لدرء المال المنجلب من هذه العملية حتى لا يعقبه بيع جزء من جسدها.....

بالنسبة إلى الطفل المنشود من جراء هذه العملية فلا نرى في إعتقادنا توافر أي نوع من أنواع المصالح كما قال البعض بأن المصلحة في حد ذاتها هي مجيئه الى الدنيا، بل على العكس لن يجنى الولد بعد مجيئه من ثمار هذه العملية التي لا دخل له فيها إلا الشك والريبة من والدتين إحداهما أم بيولوجية والأخرى أم بالرحم وأب أغوته شهواته في أن يصبح أبا على حساب إبنه هذا بالإضافة إلى أن رضاء زوج صاحبة الرحم بهذه العملية في تقديري يعتبر ديوثا. "والله أعلى وأعلم"

٣- ما مدى تحقق مصلحة الزوج على بضع امرأته وهل اقتصار حق التصرف في الرحم على الأنثى فقط؟ بمعنى هل يحق لأحد الزوجين تقاضى الآخر عند رفضه للأنجاب بطريقة إستخدام الأرحام؟

الذى يعنينا في هذا المقام هو أثبات أحقية المرأة وحدها في التصرف برحمها ولكن هذا لا يعنى تجاهل حق الرجل في رحم امرأته. نرى أن حق الرجل على بضع امرأته بصفة عامة والرحم بصفة خاصة مما له من وظيفة اساسية للانجاب هو حق اختصاص وليس حق ملكية أو حق منفعة^(١) وحتى المرأة نفسها لا تتمتع بحق ملكيتها له، لأن ملكية الإنسان في

(١) راجع التباين بين عقد الإيجار وحق الانتفاع - القسم الأول - الباب الثانى من ذات الكتاب .

جسده ترجع إلى الله - عز شأنه - والذي يعيننا في هذا المقام هو أثبات استخدام وظائف الرحم تتعلق بالإنثى فقط.

اذ أنه لا بد وأن تكون هناك نظرة كلية حتى في إطار الإباحة يرى البعض تظل الإباحة للرجل المتزوج من عدة زوجات وهذا يتطلب منا التعرض إلى محل العقد بمعنى هل محل العقد هنا الزوجة باعتبارها إنسان أم محل العقد هنا هو بضعها؟

بموجب عقد الزوجية المبرم بين الزوجين تتولد مصلحة مشروعة يمنح الرجل بمقتضاها حق التناسل والاستمتاع من زوجته أما بالنسبة للزوجة فلها حق الاستمتاع فقط منه هذا رأى الإثمة الأربعة ولكن الأحناف تشددوا في حق المرأة ورأوا أن^(١) يقتصر حق الاستمتاع ولو مرة واحدة في العمر طالما الزوج استطاع مباشرة زوجته مرة واحدة يتحقق العقد، ويرى أحد الفقهاء المعاصرين^(٢) أن هذه نظرة فيها شيء من التشدد على حق المرأة حيث يقول سيادته أنها نظرة ميكانيكية وآلية ولا مجال للعاطفة والمشاعر بحيث يرى الأحناف أنه طالما جامعها مرة واحدة تحقق العقد.

ومن الجدير بالذكر نرى أنه من الضروري أن نتطرق إلى النظام القانوني الغربي لمعرفة أوجه التباين بينه وبين النظام الزواج المصري المنبثق من الشريعة الإسلامية.

بالنسبة إلى القوانين الأوربية لا تشترط وجود عقد زواج بين الأبوين البيولوجيين وكفى الارتباط بالعاطفة ويكون حق الاختصاص لكل منهما، على الآخر مصدره العاطفة. وليس العقد، وهنا تكون المصلحة مصدرها غير مشروع، وعلى الرغم من وجود علاقة غير شرعية جمعت بينهم نطفة الأمشاج في علاقة غير مقننة أي لا يحكمها عقد ويكون الحاكم الوحيد بينهم هي العاطفة، ورغم ذلك يترتب على هذه العلاقة آثار قانونية وتعطى المحكمه حق

(١) البدائع ج ٢ ص ٣١٢ - بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٢ مغنى المحتاج ج ٣ ص ٢٠٢ - المغنى

ج ٦ ص ٦٥٠
(٢) رأى الأستاذ الدكتور / محمد كمال امام أستاذ الفقه المقارن كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

للمرأة بل وتقبل النظر قى التقاضى عند العرض عليها هذا بخلاف القانون المصرى الذى لا يعطى الحق لأحد الزوجين إلا إذا كانت هناك علاقة شرعية مقننه بموجب عقد الزواج الذى يعطى للزوج حق الاختصاص على بضع زوجته أو يعطى للزوجة حق الاستمتاع على زوجها وانطلاقا مما سبق يمكن أن نلخص الإجابة على الأسئلة السابقة كالآتى :-

لا يحق للزوج إكراه زوجته على اللجوء إلى الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام بأخذ نطفتها وتخصيبها بمائه ثم زرعها فى رحم أخرى لأن الزوج ليس له سوى حق اختصاص وليس ملكية أو انتفاع على بضعها بالإنجاب منها بالطريقة الفطرية التى رسمها الله عز وجل لعباده وليس بالطرق الصناعية أما بالنسبة لتحقيق المصلحة من الزواج المصلحة التى خصها الله عز وجل للزوجين تكمن فى الطرق الطبيعية للإنجاب وعلى أساسها وضع المقتن تشريعه أسوة بشرع الله - عز وجل - وهذا عملا بقول الله " ويجعل من يشاء عقيما " فلا يحق لأحد الزوجين تقاضى الآخر إذا رفض اللجوء إلى وسيلة الإنجاب بتأجير الأرحام ولكن أعطى للزوج العقيم حق التطليق لعدم تفويت المصلحة فى الإنجاب ، ويعد جريمة يعاقب عليها القانون من يكره الآخر أو يتحايل على الإنجاب بغير الوسيلة الطبيعية

وانطلاقا مما سبق يتضح لنا أن المصلحة المرجوة من هذه العملية ليس لها مرجعية شرعية ولذلك كانت مفاستها أعظم من منافعها ، وهذا يرجع إلى أن عملية أستئجار الأرحام ترتب عليها آثارا سلبية أكثر منها ايجابية لأنه ليس من المعقول أن يحل الإنسان مشاكله بوسائل يترتب عليها مشاكل أكبر وخطر من المشكلة الأساسية ، وهذا ما يحدث من جراء هذه العملية ، نحاول حل مشكلة العقم أى عدم الإنجاب باستئجار رحم الغير للحصول على الولد ، ونستقبل مشاكل كثيرة ومعقدة تتعلق بجميع أطراف العلاقة التى تشترك فى هذه العملية ، لذلك نرى أن درء مفاسد هذه النازلة أولى من جلب مصالحها. وبما أن عملية أستئجار الأرحام فيها شبهات ومشاكل تتلاعب بعواطفنا وغرائزنا كما سبق وأن بينا فعلى اتقاء الشبهات والابتعاد عنها عملا بقوله ﷺ : " من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه " .

لذلك نرى من جانبنا وبسبب المشاكل العديدة والآثار التي تترتبت عليها هذه العملية تحريمها وتجريمها في جميع احوالها.

وأخيراً ينبغي تطبيق قاعدة "سد الذرائع" على هذه العملية وذلك بمنع استخدام هذا الأسلوب وإيقاف وإلغاء جميع هذه العقود وإغلاق هذه الوكالات والقبض على سماسرة إجارة الأرحام، ولأن في هذه العملية ضرراً بيناً والقاعدة تنص على أن "الضرر يزال" وإذا قيل أن في عدم الإنجاب ضرراً قيل الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف... إلخ. "يختار أخف الضررين" وكذلك: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام" فيمكن تحمل عدم إنجاب طفل إذا كان هناك دفع ضرر، والاستسلام لمشية الله مفروض، والعقم ابتلاء، فلا يجوز علاجه بمحرم. والمؤمن يرضى بقضاء الله، وهو البصير بأحوال خلقه وهو الحكم الخبير، ولا يجوز أن نخالف أحكامه بسبب العواطف، ولا يجوز أن نأتي بطرق ملتوية تكون ماثراً للشك والظنون. "والله تعالى أجل وأعلم والله بما تعملون بصير"

المبحث الخامس

موقف الشريعة المسيحية من استخدام الأرحام

كما يقول بعض رجال الدين المسيحي^(١) أن الكنيسة ترفض موضوع تأجير الأرحام للأسباب نفسها التي ترفض فيها أطفال الأنابيب والتلقيح الصناعي والاستنساخ البشري؛ وذلك لأنه يجب أن يكون الجنين نتاج علاقة حميمة بين الزوج والزوجة في إطار زواج كنسي، حيث أن الكنيسة تعتبر الزواج مقدساً، ولأن الجنين البشري - حتى وأن كان جنيناً - فرد أو شخص له كرامة وكيانه الاجتماعي حتى وأن لم يولد، ولأن هناك خوفاً من أن نجعل منه سلعة تباع وتشترى.

ونتساءل ما هو الموقف القانوني بين الأبناء المولودين من الأم المستأجرة؟ فهي أم وليست أما في الوقت نفسه، ونتساءل أيضاً كيف نضمن الأبوة؟ فمن يضمن أن تكون البويضة الملحقة من الأب فعلاً أو من أي رجل، فهذا الباب يفتح المكان للخطيئة واختلاط الأنساب، حيث يمكن أخذ أية حيوانات منوية مع

(١) الأب "رفيق جريش" المسئول عن الأسرة في الكنيسة الكاثوليكية

أي بيضة ونؤجر رحم والنهاية سيكون لدينا أطفال ليس لهم أب أو أم ، وأخيراً ترى الكنيسة أنه مع وجود أسر تتألم بسبب عدم إنجاب أطفال إلا أنها تستطيع أن تتبنى ، أو تتكفل حسب ظروفها الأطفال الأيتام دون التسبب بأن يحدث إخلال في الجنس البشري.

وسأل "المستول عن الأسرة في الكنيسة الكاثوليكية : وما موقف الكنيسة الغربية في البلاد التي يُسمح فيها بإجراء هذه العملية؟

وأجاب : البلاد الغربية ليست مسيحية ؛ لأن هناك فصلا بين الدين والدولة !! فالدين يخص إيمان الأشخاص ، ولهم مواقفهم التي يستقونها من تعاليم الكنيسة ، لكن هناك دول تأخذ مواقف أخلاقية ليست من منطلق ديني بل من منطلق أخلاقي ، فأنجلترا منعت استنساخ البشر ليس من منطلق ديني ، ولكن من منطلق أخلاقي ، ومن يجري عملية تأجير الأرحام في الغرب يجريها على مسئوليته الشخصية ، فموقف الكنيسة الكاثوليكية الغربية هو موقف الكنيسة الشرقية نفسه.

وتجدر الإشارة هنا أن الديانة المسيحية أيضاً تأثرت بالأخلاق الأبقرراطية الطبية وأخذت عنها الكثير ، فلقد أعطت المسيحي الطبيب السلطة الأبوية في علاقته بمرضاه وهذا يوافق ما جاء في القسم الأبقرراطي ، وذلك لعلمه بمصلحة المرضى ، ومما زاد من اهتمام هذه الديانة بالذات في شئون المرضى وفي الأخلاق الطبية هو اهتمام المسيحيين إلى الطب والمرضى خاصة أن سيدنا عيسى عليه السلام عرف بقدرته على إشفاء الأعمى والأبرص بإذن الله ، كما وأكدت الديانة المسيحية أن أجسادنا هي ملك لله لذلك علينا المحافظة عليها ، وليس من حقنا التصرف بها كما يحلو لنا ، وأكدت قدسية الأموات والأحياء ، فحاربت التشريح^(١).

ونظراً لأن الدول الغربية هي التي نبع منها فكرة عملية تأجير الأرحام والتي يدين معظمها بالديانة المسيحية واليهودية فكان لزاماً على أن اعرض وجهة نظر الكنيسة في هذا الشأن في محاضرات الموسم الثقافي التابع لجمعية المقاصد ،

(١) الهندسة الوراثية والأخلاق ، المرجع السابق ص ٤٠.

سجل المطران بشاره الراعي رئيس أساقفة ابرشية جبيل مداخلته في موضوع طفل الأنبوب.. والأرحام المستخدمة لصالح الغير.

واعتمد في أقواله علي مراجع ووثائق صادرة عن الفاتيكان عام ١٩٨٧م عن مجمع العقيدة والإيمان بعنوان الحياة هبة الله ثم التعليم الديني للكنيسة الكاثوليكية الصادر عام ١٩٩٢م. وثانياً دراسة عن المجلس الحبري للعائلة بعنوان من التلقيح الصناعي إلى الاستنساخ - تعليم الكنيسة بشأن الإخصاب الاصطناعي عام ١٩٩٨م.

فقيم المطران موضوع طفل الأنبوب وإجارة الأرحام تقييماً أدبياً قائلاً: تؤكد الكنيسة أنها علي الصلة الأدبية القائمة بين الاتحاد الزوجي بالجماع والإنجاب، ويحظر علي الإنسان أن يفصل بين الجماع والإنجاب بقصد نفي إمانية الإنجاب وإما العلاقة الزوجية.

واعتبر أن هذا التدمير المتعمد لكائنات بشرية نوع من الإجهاض المتعمد، وتسلب علي الحياة البشرية إذ يخضع الموت والحياة لتقرير الإنسان الذي يجعل ذاته واهب الحياة والموت حسب الطلب. واعتبر أيضاً أن إنتاج أجنة بشرية معدة للاستخدام البيولوجي أمر ينافي الآداب وإتلاف الأجنة الفائضة هو تعد علي حياة الكائنات البشرية ؛ لذلك تحرمه الكنيسة تحريمها للإجهاض المتعمد^(١).

ورغم أن الكنيسة تعتبر طفل الأنبوب عندها غير مقبول يرى المطران أن كل طفل يولد بهذه الطريقة يجب استقباله بمثابة هبة حية من كرم الله وتربيته بكل مودة.

أما موضوع الأرحام المستأجرة ويرأيه "الأمومة بالنيابة" فيرى المطران أن الكنيسة تحرم هذا العمل ؛ لأن فيه انتهاكاً لموجبات الحب الوالدي والأمانة الزوجية والأمومة المسئولة لأنها تسيئ: إلى كرامة الولد والي حقه في أن يحبل به ويحمل ويولد في العالم ويربي بواسطة والديه ، ولأن الولد يعتبر من حاملته مجرد

(١) الموسم الثقافي/١٩٩٨ - ١٩٩٩م/الكتاب الرابع لجمعية المقاصد الخيرية الإسلامية/المديرية العامة للشؤون والخدمات الإجتماعية/دائرة المساجد والخلايا/محاضرة طفل الأنبوب.. والأرحام المستأجرة / المطران بشاره الراعي / بيروت - لبنان/ص ٣٠٨ - ٣٠٩.

وسيلة لربح المال أو لأى غرض شخصي آخر، ولا يعتبر كشخص ذي قيمة خاصة ويضيف أن المرأة الحامل وضعت نفسها في حالة غير انسانية لأنها فصلت الأمومة الجسدية عن الأمومة العلائقية^(١).

وفي وثيقة الفاتيكان الشهيرة، الواقعة في أربعين صفحة تحت عنوان: "تعاليم حول احترام الحياة الإنسانية الوليدة وشرف الإنجاب"، والتي أقرها البابا يوحنا بولس الثاني وأصدرها المجمع المقدس لعقيدة الإيمان بتاريخ ١٩٨٧/٢/٢٢م وصدرت الوثيقة بشكل رسمي بتاريخ ١٩٨٧/٣/١٠م^(٢) وجاء في الوثيقة اختصاراً:

- واستناداً إلى جميع القيم والمبادئ اللاهوتية والروحية والأخلاقية الواردة في الوثيقة فإن الكنيسة:
- أ - تشجب كل عملية إخصاب تتعدى على وحدة الزواج بمنى متبرع أو بويضة متبرعة.
 - ب - تشجب كل عملية إخصاب تحمل محل الزواج مثل الإخصاب الصناعي لأمرأة أرملة أو بتول.
 - ج - تشجب اللجوء إلى الخلايا التناسلية لشخص ثالث للحصول على الحيوان المنوي أو البيضة لأن هذا اللجوء يعتبر تعدياً على رباط الزواج المقدس بين الزوجين.
 - د - تعتبر مشروعية أخلاقياً تلك العمليات التي تساعد على الإنجاب عن طريق الزوجين بصورة طبيعية.
 - هـ - تشجب عملية الإخصاب في الأنابيب.
 - و - تطالب باحترام الأجنة البشرية إذا كانت حية أو قابلة للحياة، ولا يجوز إجراء تجارب عليها غير مشروعة أخلاقياً.
 - ز - تندد بعملية تجميد الأجنة لأنها تعرضها لأخطار الموت والهلاك.

(١) الموسم الثقافي/١٩٩٨ - ١٩٩٩م / المطران بشارة الراعي / ص ٣١١.

(٢) الدستور/١١/٣/١٩٨٧م.

ح - تندد بمحاولات التدخل في العناصر الصبغية أو الوراثية لإنتاج كائنات بشرية منتقاة وفقاً للجنس المختار.

والنص الكاثوليكي الذي صدر عن مجمع العقيدة والإيمان في سنة ١٩٨٧م، نجد أنه يرفض أية محاولة للإخصاب بطريقة غير طبيعية. ولكنه يضيف أن عملية أطفال الأنابيب بين زوجين لا تحمل الحكم الأخلاقي السلبي نفسه للإخصاب باللجوء إلى عناصر غريبة علي الزوجين^(١).

وكذلك ترى الكنيسة (أن الزواج لا يعطي حقاً علي الولد، إنما الولد هبة من الله، إنما يعطي الزواج الحق علي القيام بالأعمال الموجهة من طبيعتها إلى الإنجاب، ومن واجب العلم أن يعمل كل ما بوسعه لمساعدة الزوجين العقيمين علي الإنجاب ضمن مقتضيات الزواج وأساسه المقدسة).

(١) محاضرة الحوار الإسلامي المسيحي في مجال الأخلاقيات الطبية التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين المواقف الدينية والبحث الانثروبولوجي والأخلاقي / الأب نادر ميشيل اليسوعي / ندوة التلقيح الاصطناعي المتجانس وغير المتجانس / سلسلة الندوات الإسلامية المسيحية / جامعة القديس يوسف / معهد الدراسات الإسلامية المسيحية / بيروت / دار المشرق / ط١ / ص ٢٠.

الفصل الثاني

موقف القانون الوضعي من إستخدام الرحم

عملية إجارة الأرحام فكرة مبتكرة من وجهة نظر صانعها، بالرغم من أنها مرفوضة وتجارة غير مشروعة تفتح الباب لمشكلات قانونية وأخلاقية واجتماعية خطيرة، تهدد تماسك الأسرة واستقرار المجتمع، وتأجير الرحم دعوة مسمومة جديدة لهدم الأسرة وتشيت أفرادها وهدم قواعدها وأصولها ولما كان الحكم على الشيء فرعاً عن تصوره، كان لزاماً علينا أن نقوم بعرض لهذه الأنظمة القانونية ليس للسرد والمعرفة ولكن لدراسة المشكلة من كافة الجوانب ومعرفة ما يعتقد به الجانب الآخر من وجهة نظر حتى نتمكن من وجود مجال خصب للبحث والمناقشة حول هذه المسألة المستحدثة وإيجاد البدائل لهذه العملية الشاذة من وجهة نظرنا وانطلاقاً مما سبق أن وضعناه، لابد من توضيح المقصود بالبدائل التي نعثرها نحن وهي كيفية وجود علاج للأمراض العقم بدلا من إستئجار أرحام ليست ملك لصاحبها والعمل على الحد من هذه الظاهرة الغريبة حتى لا يتجه الأفراد للجوء إلى هذه الوسيلة بالاتجاه إلى الدول التي تبيح مثل هذه العمليات، ونرى كما يرى البعض أن الخوف من أن تتفاقم وتنتشر هذه الوسيلة وتزداد في حصرها ؛ فقد كانت وسائل منع الحمل محظورة في البداية، وكذلك الأجهزة وبالتدرج وصلنا إلى ممارسة هذه المحظورات دون مبررات في العلانية وبخشي أن يتكرر هذا الوضع مرة أخرى^(١).

وجدير بالذكر فقد حاول بعض فقهاء القانون المقارن نفى صفة التعدي على جسد الحامل بالإتجار الذي يؤدي إلى خرق مبدأ حرمة المساس بالجسد الإنساني، فلم يعد مبدأ حظر المساس بجسم الإنسان يتمتع بالحصانة الربانية والوضعية، فلقد نال هذا المبدأ العديد من الاستثناءات التي يكاد معها الإطاحة بالمبدأ من الأصل، وعدم احترام الذات الإنسانية.

(١) Emile – papiernik – Derk Houet ' porter Lenfant d, une autre ' le Moude – 30 juill 1984 – p.v.

حيث بدأت تتسع هذه الاستثناءات منذ ولادة أول طفل أنبوب اختبار في^(١) ٢٥ يوليو ١٩٧٨ في^(٢) تموز/ بريطانيا، توسعت تكنولوجيات التناسل المساعدة بعد التلقيح الاصطناعي لأشكال مختلفة من التخصيب في المختبر "IVF" فالمشاهير مثل^(٣) joan lunden و deidr^(٤) قاموا بنشر وترويج استخدام استئجار الأرحام ليحملوا أطفالهم طوال فترة الحمل. فقد كانت المراه في الماضي توافق علي التبرع بيويضاتها الخاصة وحمل الاطفال خلال فترة الحمل نيابة عن الآباء المكلفين^(٥).

أما اليوم، فان ممارسة تأجير الأرحام التقليدية استبدلت بالأم البديلة للحمل (ايضا عرفت باسم ناقلة الحمل)

ويعد هذا الاتجاه خروجاً عن الحاجة إلى تكليف الآباء^(٦) لتجنب الخلافات القانونية مثل تلك التي وجدت في الحالات المماثلة لقضية الطفل "M_er" التي سنقوم بسردها - إن شاء الله تعالى - ، هذا وقد أيدت المحكمة حقوق المستأجره التقليدية في ممارسة حقوقها الخاصة بأمور حضانه الطفل، وبناء علي حقيقة لا تقبل الجدل إنها كانت الام البيولوجية والمأنحة وحاملة البويضة للطفل، وهذا علي عكس الحمل التقليدي فإن الام بالانابه لا

20HOSTINGS WOMEN'S L.G.275/ (١)

SUMMER 2009- HOSTING WOMAN LOWJOURNAL

World's first test tube Baby is pregnant, Daily Mail, Jules 10, 2006, (٢)
http://www.daily.co.uk/pages/live/articles/news.html?inarticleid=3g4894&_pageid=1770(last visited. Mar, 31, 2009).

deidre Hall. com. on line chat. dec. 10. 1995. (٣)
http://www.deidre.com/chats/oprah_chat.cfmLast visited jon. 23. 2009). 23-2009

interview by Deborah Norville with Joon Lunden, Deborah (٤)
Norville Tonight (MSNBC Television board cast may,4,2004)
available at <http://www.Msnbc.Msn.com/id/5014340>

In re Baby M, 537 A. 2D 1227, 1234 (N.J.1988 (٥)

Reproductive medicine associates of newjersey, treating (٦)
infertility: gestationalurrogate,
http://www.rmanj.com/gestational_carrier.html(last
visitedjan23,2009)

تحتفظ بأية روابط جينية للأطفال التي تحملهم^(١) بدلا من ذلك يتم إنشاء الكيسة الأريمية (مثنات بلاستولية) المستخدمة في تلقيح البويضات باستخدام بدائل الحمل إما من الأمهات التكليفية أو الجهات المانحة للبيض.

لقد خلقت صورة نمطية للسيدات اللاتي يعملن توكيلاً للحمل وعلى سبيل المثال فان فيلم ٢٠٠٨ (bab mama) الذى يصور سيدة عقيم قامت بدورها الممثلة Tina Fey استاجرت سيدة من الطبقة الكادحة لكى تكون ام مستأجرة لطفلها^(٢) ان الصورة السائدة للسيدة الامريكية التى تختار أن تكون امراة مستأجرة هى التى تكون ممن يتحركن بدافع من الاعتبارات المالية فى المقام الاول والتى تكون دوافع غير حقيقية.

إن التركيز الأهم فى هذا الموضوع هو مخاطبة المسائل القانونية والسياسية والأخلاقية المحيطة بتأجير الارحام الاقتصادية فى حالتها المعاصرة عالمياً ومحلياً. وستناول دراسة الاستعانة بمصادر خارجية من تأجير الارحام كالهند باعتبارها حالة دراسة لفهم كيفية الترتيبات التجارية التقليدية لتأجير الارحام. وللتحقق من مصدر قواعد منتظمة لاستئجار الارحام التجارية سوف نسلط الضوء كيف ان الهند الدولة ذات الاثار الجانبية من التغير السريع فى التكنولوجيا المتقدمة للانجاب ولأن حكومتها غير قادره على أن توفر أمان عام لمواطنيها الذين يختارون الأم المستأجرة. ولأن حكومتها لن تعرض أى مستوى أخلاقى معين فى التعامل مع التعقيدات فى المجال الطبى المتقدم فى العقم.

إن هذه الدراسة سوف توفر تحقيق المقارنة القانونية والتنظيمية فى نقض قوانين استئجار الارحام القائمة فى بعض دول الاتحاد الاوروبى [E.U] والولايات المتحدة. ان الاتجاهات الحالية تكشف عن ان فى بعض دول الاتحاد الاوروبى التى تشجع المواطنين الأوروبيين فى البحث عن قوانين حميدة لإستئجار أرحام سيدات أمريكيات. فى الحقيقة كثيراً من الأزواج من كل أنحاء

(١) Re productive Medicine Associates of New g/Gerst

(٢) Lorraine Ali & Raina Kelly, The Curious lives of Surrogates, Newsweek, Apr 7, 2008 at u7 available at [http:// www.newsweek.com/id/129594](http://www.newsweek.com/id/129594).

العالم وبما فى أماكن مثل استراليا، كندا، والمانيا وايسلندا والمملكة العربية السعودية وأسبانيا ودبى يعتمدون على سيدات امريكيات لاستئجار أرحامهن. إن الأزواج الامريكين ليسوا استثناء. ويشكل متزايد فإنهم يتطلعوا إلى الهند بحثاً عن سيدات راغبات فى أن تقوم بسيدات مستأجرات لأرحامهن، بأسعار اعلى عرضاً.

لتوضيح ذلك فإن المشكلة ليست فريدة من نوعها فى الهند؛ لأن القوانين المتباينة فى التعامل مع تأجير الارحام بين الدول من الراجح انها سوف تشجع على أن يستمر الاتجاه، وهناك قضايا محيطة بعقود تأجير الارحام. بما فى ذلك القدرة على المساواة من النساء الهنديات المحرومة فى التفاوض على عقود تأجير الارحام. إن مصدر ارتفاع الطلب على تأجير الارحام التجارية هو الاستعانة بمصادر خارجية (ايضاً تعرف بسياحة الخصوبة) والأسباب التى جعلت القانون لم يواكب التقنيات والتقدم العلمى هذا ما سنعرفه ان - شاء الله تعالى - فى هذا الفصل.

وأخيراً فإننا سوف نقوم بعمل مقارنه بين التشريعات فى الهند وبعض من دول الاتحاد الاوروبى والولايات المتحدة مع نهج اسرائيل لتنظيم تأجير الارحام التجارية.

إن نهج إسرائيل الشامل لاجراءات تأجير الأرحام التجارية ابتكر صناعة مقاييس لصناعة موحدة، مقاييس طبقية. وتركيب قانونى لكى يمنع استغلال التبعية، من أصحاب النطف البيولوجية، والاطفال وبشكل شامل فإن هذه المذكرة فى كل من الاستفسار المقارن للقوانين الدولية لاستئجار الارحام أو عدمه. والدعوة الى سن وتنفيذ السياسات التنظيمية للحماية من الاستغلال المحتمل لأجساد النساء البيولوجية للانجاب كعمالة رخيصة عن مواطنين اكثر ثراءً فى جميع انحاء العالم.

ومن منطلق ذلك هل يحق لصاحبة الرحم المستأجر رفع دعوى على الأبوين البيولوجيين عند إخلالهما بعدم تنفيذ الإلتزامات المتفق عليها فى عقد إيجار الرحم أم أنه ليس لها الحق فى رفع هذه الدعوى باعتبار أن هذا العقد لا

ينطبق عليه أحكام عقد الإيجار أو لسبب عدم مشروعية محل عقد إيجار الرحم وبالتالي خلو نصوص القانون المدني بشأن هذه العمليات؟

وإتماما منا للفائدة المرجوة ستقوم بدراسة كل هذه المشكلات من خلال عرضنا للنظم القانونية التي تجيز تأجير الأرحام فى مبحث أول ثم عرض النظم القانونية المعارضة لتأجير الأرحام فى المبحث الثانى ثم موقف الفقه والقضاء من تأجير الأرحام فى المبحث الثالث إن - شاء الله - تعالى.

المبحث الأول

النظم القانونية المؤيدة لإستخدام الأرحام

نتعرض فى هذا المطلب لبعض الأنظمة التى اهتمت بوضع تنظيم قانوني خاص ينظم ويؤيد عمليات الإنجاب من خلال مؤجرات الأرحام وذلك عن طريق عرض موقف القانون الأسباني والقانون الأمريكى ثم الهندى وأخيرا الإسرائيلى.

(أ) أسبانيا:

من أوائل الدول الأوربية التى تم فيها أول مركز لحفظ السائل المنوى هى دولة أسبانيا ، وجدير بالذكر يعد القانون الأسباني من أكثر القوانين الأوربية إباحة لهذه التقنيات ، وخاصة على المستوى التشريعي والدليل على ذلك نص القانون الأسباني رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٨م المتعلق بتنظيم تقنيات الإنجاب الطبي المساعد وذلك فى المادة العاشرة منه على أنه :

"يُبطل بطلانا مطلقا الاتفاق الذي بمقتضاه تلتزم المرأة التي تحمل لنفسها أو لغيرها بويضة مخصبة بفرض التخلي عن الطفل المتولد لصالح شخص أو مجموعة أشخاص بمقابل أو بدون مقابل. فالولادة هي الواقعة المثبتة للأمومة الحقيقية ويجوز طبقا للقواعد العامة لإثبات النسب أن يتمسك الأب البيولوجي بأبوته لهذا الطفل."

نستنتج مما سبق أن المشرع الجنائي الأسباني لم يضع سمة نص تجرمي لهذه الوسيلة ، الأمر الذى يعتبر معه عملية تأجير الأرحام مباحا ضمنيا فى القانون الجنائي الأسباني ، هذا بالنسبة إلى الشق الجزائي وأخيرا يفهم من القانون الأسباني ضمنا أنه يبطل الأمومة بالإثابة مدنيا ولا يلاحقها جنائيا

ويحسب للمشرع الأسباني أنه قد تبني المعيار البيولوجي لإثبات النسب تجاه الأب مع الاكتفاء بواقعة الولادة لثبوت نسب الأم، ويتوافق هذا التمييز مع الحقائق الدينية والأعراف الإنسانية كما أنه يزيل عبثاً إضافياً يقع علي كاهل القضاء عند تبني المشرع للمعيار البيولوجي لنسب الأم فحسم بذلك كثيراً من النزاعات التي ستتج بشكل طبيعي عن التنازع حول نسب الطفل المتولد بوسيلة الأمومة البديلة.

ولم يشأ المشرع الأسباني أن يجعل من الأعمال الطبية للأمومة البديلة أفعالاً مجرمة واكتفي بالجزء المدني الذي يجسده

ونرى كما يرى بعض الفقهاء أن المشرع الأسباني أباح ضمناً تأجير الأرحام، لذا فقد اكتفي بالجزء المدني الذي يتمثل في البطلان المطلق لهذه الاتفاقات، وكان من الأفضل أن يقنن للبطلان المطلق المترتب على إجراء عملية الأمومة بالرحم الجزاء الجنائي، وفي الواقع نرى أنه بدون وضع تقنين من المشرع يحظر فيه هذه التصرفات سوف تتولى هذه العمليات تكراراً ومراراً، لأنه في ظل عدم وجود عقوبة جنائية فإن التقنين على الجزء المدني دون اقترانه بالعقوبة الجنائية يعني أن المشرع الأسباني قد أباح ممارسة تأجير الأرحام بطريقة غير مباشرة لكنه لم يعترف قانوناً بالأثار^(١) المترتبة عليها.

(ب) الولايات المتحدة الأمريكية:

تأجير الأرحام - مثل العديد من القضايا القانونية للأسرة - وهو ما يندرج تحت بند المسائل القضائية الحساسة، وهذا يعني أنه قد تكون هناك قوانين ليست موحدة عن تأجير الأرحام في الولايات المختلفة أو المقاطعات القضائية المختلفة داخل الولايات المتحدة، وخاصة أننا نرى أنه ليس هناك اتساق قانوني بين الولايات بشأن مسألة تأجير الأرحام. فنجد أنه يتخذ شكلاً قانونياً في بعض الولايات أو المقاطعات، ولكنه ليس قانونياً في مقاطعات أخرى.

(١) Helene Goudemet tollon, "meres porteuses" journal du droit international, 1990, p.989

راجع روبلين ديفيشي الام البديلة النوع الاول والثاني - منشور في دورية C. F. E. E. S - رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ - ١ - ص ١٤٥ وما بعدها

انقسم الفقه الأمريكي على نفسه إلى قسمين أحدهما مؤيد لمثل هذه العمليات ، والآخر معارض لها ، ويرجع ذلك إلى عدم وجود احكام قانونية موحدة فى تلك المجالات ، وذلك يرجع إلى غياب التشريع بالإضافة إلى عدم وجود قانون فيدرالي ينظم تلك المسائل.

- الولايات التي يسمح لها بعقود استخدام الأرحام لصالح الغير: القانون الذي يحكم اتفاق تأجير الأرحام يختلف من ولاية لأخرى حيث ان تلك القوانين تعتمد أحيانا على نوع الاتفاقية سواء كان حملا تقليديا او حملا بالإنابة.

ست ولايات فقط يسمح للأفراد وللأزواج أن يقوموا بعقود استئجار أرحام: ولاية اركانساس ، كاليفورنيا ، إلينويس (تأجير الرحم بالإنابة فقط) ، ماساشوستس ، نيو جيرسى وواشنطن (اتفاق تأجير الرحم بدون تعويض فقط). ويرى أنصار هذه الطريقة أنه لا يوجد ما يمنع الزوجين من اللجوء إلى مثل هذه الوسيلة ، طالما أن هذه الرغبة مشروعة لتحقيق الإنجاب.

وجدير بالذكر هناك رأى آخر يسمح للمرأة صاحبة الرحم المستأجر أن تحتفظ بالطفل بدون وجود أى جزاء يجبرها على تسليم الطفل لغيرها. ويضاف إلى ذلك اعتبار أمريكا من أكثر الدول استخداما لعمليات تأجير الأرحام ويرجع ذلك إلى توافر عدة أسباب :-

- الحقوق الإنجابية المكفولة للمرأة والمتعلقة بإطلاق الحرية لها تجاه كافة التصرفات الواردة علي الحمل والجنين ، فلها بناء علي ذلك أن تقرر إجهاض نفسها أو التنازل الصناعي أو أن تتبرع برحمها فتحمل لحساب غيرها^(١).

- منح القانون المرأة حقا دستوريا علي جسدها ، ومن خلال هذا المضمون الدستوري تملك المرأة كافة التصرفات القانونية التي يتصور ورودها علي هذا الجسد.

(١) Mme Clement, (B.C). et Marseille.M. "Laternite' par substitution "Rev,de sauvegrade de l'engance, 1-2-1989.4 annee,p.6.

- كثرة هيئات الوساطة في التوفيق بين الأزواج المصابين بالعقم وبين المرأة صاحبة الرحم الراغبة في تأجيرها.

- ليس من الداعي أن نمنع الأفراد حقهم في اللجوء للإنجاب بواسطة الرحم المستأجر. مما يبرز معه أن الحقيقة البيولوجية سوف تحسم أي من المنازعات القانونية في مسألة الأنساب.

وتأكيدا لدور الحقيقة البيولوجية في حسم المنازعات القضائية فقد قضت محكمة Orange بولاية كاليفورنيا بأحقية الأبوين البيولوجيين في استرداد طفليهما الذي تمسكت بينوته المرأة التي حملت فيه بدلا من أمه البيولوجية، حيث ظهر بالفحص الظاهري للطفل أنه يتمتع بالبشرة البيضاء في مقابل تمتع المرأة الحامل ببشرة سوداء. وأمام ضعف المستند البيولوجي للحامل المستأجرة تبذل في مستندها البيولوجي إلى الاستناد لواقعتي الحمل والولادة لإثبات أمومتها، وقد غلبت المحكمة الحقيقة البيولوجية علي الوقائع المادية وقضت للزوجين بأحقيتهما في ضم الطفل إليهما مع منع المرأة الحامل من مجرد زيارته. وقد أيدت محكمة الاستئناف الحكم السابق لمحكمة الإنجاب بوسيلة مؤكدة علي المبدأ السابق الذي يغلب الحقيقة البيولوجية علي الأمومة المستأجرة وانتساب الطفل بناء علي الأولى دون الثانية^(١).

والأم المستأجرة يتم تلقيحها صناعيا اما عن طريق الاب المعنى او عن طريق متبرع مجهول، وتحمل الطفل لاجل مسمى ان الطفل حينئذ جنين مرتبط بالام المستأجرة التي توفر البويضة والاب المعنى او المتبرع المجهول.

في حمل تأجير الأرحام تنقل البويضة من الأم المعنية أو المتبرعة المجهولة وتخصب مع الحيوان المنوي من الأب المعنى أو متبرع مجهول - البويضة المخصبة أو الجنين حينئذ ينقل إلي الأم المستأجرة وعندها يرتبط جينيا بالأم التي تبرعت بالبويضة وبالأب المعنى أو المتبرع بالحيوان المنوي ولكن ليس للأم المستأجرة، بعض الأزواج مثيلته النوع وجدوا أن تأجير الأرحام بالإنابة جذابا لأنه يسمح لسيدة في أن تساهم ببويضتها ولأخرى أن تحمل الطفل.

(١) Rubellin Divichi. "Meres pourteuses premier et deuxieme types" C-F-E-E-S-1992,2,P.146.

إن تأجير الأرحام التقليدي هو أكثر إثارة للجدل من حمل تأجير الأرحام على نطاق واسع ؛ بسبب أن العلاقة البيولوجية بين الأم بالإناثة والطفل غالباً ما تعقد الحقائق للقضية لو أن حقوق الوالدين أو صلاحية اتفاق تأجير الأرحام ونتيجة لذلك فإن معظم الولايات تمنع إتفاقات تأجير الأرحام التقليدية بالإضافة إلى ذلك كثيراً من الولايات التي تسمح بعقود استئجار الأرحام تحظر التعويض فيما يتجاوز دفع النفقات الطبية والنفقات الطبية التي تكبدتها نتيجة إتفاق تأجير الأرحام.

(ج) فوائد استخدام الرحم التجاري في الهند:

في الفترة الحالية يتجه الأزواج الأمريكيان الجنسية غير المخصبين إلى الهند من أجل استئجار الأرحام في جزء صغير من تكلفة نظائهم الأمريكيان^(١). إن الاستئجار الرحيمي يتطلب التعويض المالي الذي يتم دفعه إلى السيدة التي تقوم بأداء خدماتها التي تتمثل في استئجار الرحم والحمل^(٢). كما أن تنظيمات استئجار الرحم التجارية تتطلب الطرفين — الوالدين والرحم المؤجر - الذي يقوم بتنفيذ "اتفاقية مسبقة" ويقومان فيها بتحديد اضطرابهم المتبادل ونظراتهم^(٣). وفي مثل هذه الاتفاقية، فإن السيدة توافق على نقل حملها إلى الأبوين الآخرين الذين تعطي لهما طفلها أو أطفالها التي تلدها^(٤). إن الحوصلات الأولية التي توجد في الرحم ربما تكون مرتبطة وراثياً بأحد الأبوين الآخرين أو الاثنين معاً^(٥). وبشكل بديل، فإن هذه الحوصلات الأولية ربما يتم

Henry chu, wombs for rent, cheap, Apr.19, 2006, at A 1. (١)

Katherine Drabimk ET. AL., Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity, 35 J.L. Med. Ethics 300,301 (2007). (٢)

Vanessa S. Browne-Barbour, Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?, 26whittier L.Rev.429,430,435-36 (2004) (٣)

Id. (٤)

Id..at 436 (٥)

توليدها من خلال استخدام البويضات أو الحيوانات المنوية^(١). وتقوم السيدات بتقاضي أجورهن التي تم التفاوض عليها بعيدا عن أية تكاليف إضافية مرتبطة بالاتفاقية مثل العناية الطبية

وفي المتوسط، تقوم السيدة الحامل في الهند بتلقي ما يتراوح بين (٢,٨٠٠ دولار و ٥,٦٠٠ دولار) مقابل تقديم وعرض خدماتها وتعد هذه المبالغ المالية معادلة لراتب عشرة أعوام بالنسبة للمرأة الهندية الريفية وتعد إجمالي التكلفة الكلية في الهند في هذه القضية تقرب من (١٢,٠٠٠ دولار)^(٢). وعلي النقيض، فإن إجمالي التكلفة الكلية للتأجير الرحمي في الولايات المتحدة يتراوح ما بين ٧٠,٠٠٠ إلى ١٥٠,٠٠٠ دولار^(٣) وبالنظر إلى الفرق الشاسع في التكلفة، يكون من السهل فهم لماذا ينشد الأزواج الأمريكيان السيدات الهنديات في هذه القضية. ومع هذا، فإن هذا التطبيق يثير العديد من الاهتمامات الأخلاقية، والتي تشير إلى أن عمليات استئجار الرحم في أمريكا لم تعد مقتصرة على التصنيع وخدمة الوظيفة فقط ولكنها توسعت لكي تشمل الوظائف النسائية البيولوجية والجسدية المثمرة^(٣). ومن أجل تفهم هذا الاتجاه في الهند، يجب علينا أن نعرف أولا أن

(١) Id.Oprah.com,WombsforRent:Journey toParenthood,http://www.oprah.com/slideshow/world/globalissues/slideshow1sshealth1009_284/5.

(٢) Abigail Haworth, Surrogate Mothers: Womb for Rent, Marie Claire, Aug.22,

2007, at 126, available at <http://www.marieclaire.com/world/articles/womb-rent-india-7>. See also Uday Mahurkar donating a Womb, India today, Sept. 13, 2007, at 56, available at http://Indiatoday.digitaltoday.in/index.php?option=com_content&Itemid=1&task=viw&id=1174§ionid=25&issueid=12&page=archieve (last updated June 4, 2008).

(٣) This is not the type of outsourcing Thomas L. Friedman advocates in his book, the World Is Flat. Friedman argues outsourcing low-skilled Jobs to India would benefit the U.S labor market by raising domestic labor standards to compete primarily in the highly skilled and complex management positions that new advanced technologies would continue to generate. See Thomas L. Friedman, The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century 3.24-29 (picador 2007) (2005).

إغراء الاستئجار الرحيمي أصبح كبيراً جداً بالنسبة لأزواج الطبقة المتوسطة الذين يواجهون مشكلات عدم الخصوبة أو العقم. فمثلاً:

- قرر الزوجان (توماس و كارين كيم) استئجار رحم من خلال وكالة أمريكية خاصة، حتى عرفا طبيبة النساء المشهورة (ناينا باتيل) من أنند وهي بلدة صغيرة في الهند وقامت هذه الطبيبة بتأسيس عيادتها في مجال الخصوبة والعقم في عام ١٩٩٩^(١). وفي عام ٢٠٠٣ تسلمت الطبيبة باتيل طفلها الأول من رحم مستأجر، وقد حققت هذه الطبيبة نسبة عالية من النجاح في هذا المجال من هذه النوعية من الجراحات في عيادتها. ونتيجة لذلك، فقد تلقت العيادة صدي كبيراً جداً من الشعبية كمركز لاستئجار الأرحام التي قادتها الى مقابلة في ABC صباح الخير أمريكا

وبالتعاقب فإن عيادة ابكاكشا الطبية تلقت الكثير من الشعبية كمركز لاستئجار الأرحام في THE OPRAH WIN SHOW وتعترف الطبيبة باتيل بنقد أن خدماتها في هذا المجال هي معادلة لتأجير رحم ما. وهي تعتبر أن هذا مكافئ لمنح رحم مؤجر ولم تقم الطبيبة بتحديد أية أتعاب مادية للتوفيق بين الطرفين غير المخصبين والأم الأخرى، وتعترف الطبيبة باتيل بأن الأرحام المؤجرة ترتبط الأطفال التي تحملها. في العديد من المناسبات

وقد أكدت الطبيبة هي وزوجها في إحدى الاجتماعات علي التحديات التي تقابلها مع زوجها لتأكيد أن المرشحين يمكنهم التعامل مع المجالات النفسية من استئجار الأرحام^(٢). بالإضافة إلي أن الطبيبة تؤكد أن الأموال التي تتلقاها السيدات في تلك العملية لا يتم استغلالها من قبل أزواجهن من خلال نقل الأموال مباشرة في ظل عملية نقل الأطفال من الأرحام إلي الأبوين.

وفي إحدى البرامج التليفزيونية، قامت المراسلة (ليزا لينج) بالسفر إلي عيادة IVF في أنند في الهند لإتباع زوجين أمريكيين اتجها إلي هناك وهما (جينيفر و كيندال)، حيث بدءا عملية استئجار الأرحام، وفي هذه الأثناء، تم تحديد ما يتراوح بين ٢٥٠ إلي ٣٠٠ من الأزواج العقيمة في قائمة الانتظار للمشاركة في

Id. (١)

Id. (٢)

هذا البرنامج. وتتطلب العيادة من المشاركين في هذا البرنامج أن يكونوا في صحة جيدة وتتراوح أعمارهم ما بين الثمانية عشر والخمسة والأربعين عاماً^(١).

وعبر الدورة البحثية الخاصة بالمراسلة، اكتشفت لينج أن النساء الهنديات يشاركن في استخدام الأموال التي يكسبونها في شراء منازل جيدة للأسرة ومن أجل إمداد أطفالهن بمستوي عال من التعليم

كما حددت المراسلة لينج أيضاً أن العلامات المميزة والملامح الثقافية المرتبطة بالاهتمامات الكامنة لاستغلال هؤلاء النساء^(٢). وبشكل نهائي، فإن المراسلة لينج رفضت مناقشة أن يتم استغلال النساء

وقد علقت قائلة: "هناك العديد من الأشخاص من أوروبا ومن دول أخرى يأتون إلى الولايات المتحدة ولكن هذا مكلف للغاية. فلا أحد يقول أن النساء الأمريكيات يتم استغلالهن عندما يصبحن بدائل" فبدلاً من ذلك، فقد جادلت لينج قائلة أن: "هذا الطفل وهذين الزوجين سوف يكونان لهما هذه الرابطة مع هذه البلدة. وهذا يؤكد لنا كيف أن دولنا سوف تصبح قريبة من بعضها لأقصى درجة.

وهنا نقطة يجب الحديث عنها فيما يتعلق الحرية المالية التي تكون تلك النساء الهنديات قادرات علي تحقيقها لأنفسهن وعائلاتهن من خلال عمليات استئجار الأرحام. إن لينج ربما تقوم بعكس التغيرات بالسماوات الاجتماعية المتعلقة بالبدائل في الهند اليوم. وحتى النساء الهنديات الاتى يخافن من المقاطعة الاجتماعية، يحاولن أن يحتفظن بهذه العملية سرية من خلال الإقامة داخل عيادة الطبيب باتيل خلال فترة الحمل كلها^(٣).

ومع هذا، فإن هناك بعض النساء يكونن صريحات فيما يتعلق بأدوارهن في عملية نقل الأرحام، حتى مع المشاركة في تنظيم استئجار رحم آخر في بعض الحالات^(٤). فعلى سبيل المثال، قامت (بوشبا بانديا) وهي في السابعة والعشرين

Id. (١)

Id. (٢)

Id. (٣)

Id. (٤)

من عمرها بعملية نقل الرحم ، وقامت باستخدام الأموال في بناء منزل مع زوجها وهو يعمل في توصيل الطلبات إلى المنازل في احدي الشركات ، وتخطط بانديا في عملية استئجار رحم مرة أخرى ؛ حتى تتمكن من دفع مصاريف المدرسة لابنتها حتى تصبح طبيبة.

وقد اعترفت أنه تم معاملتها في البداية علي أنها منبوذة بين عائلتها وأصدقائها ، ولكن مع رؤيتهم لوضعها المالي وهو يرتفع ، فقد قبلوا الأمر علي انه أمر عادي ، وليس هناك ادني شك بأن النساء الهنديات يمكنهن الاستفادة ماليا من المشاركة في هذه العملية. ولكن يجب علينا النظر إلي الحالات الفردية في التطبيق الاستئجار التجاري للأرحام ككل من أجل ، الفهم الواقعي للتطبيقات طويلة المدى من سوق السياحة الخصبة في سياق التجارة العالمية بين الدول المتقدمة والدول النامية.

وعلي السطح يتضح لنا أن تنظيمات عمليات استئجار الأرحام التجارية في الهند تعد موقفا فائزا بالنسبة لجميع الأطراف المعنية. وتعد الطبية باتيل نموذجا فريدا لشخصية تحكمها المبادئ الأخلاقية أثناء تنظيم عمليات استئجار الأرحام. وهي لديها اهتمام بخدمة المصلحة العامة من خلال مساعدة الأزواج العقيمين في تحقيق أملهم في الحصول علي أطفال ، وأيضا مساعدة النساء الهنديات الفقيرات في فرصة التطور والتقدم الاقتصادي ، وربما تعد الطبية باتيل رائدة في تنظيمات عمليات استئجار الأرحام في الهند ولكن من الهام أن نعترف بأنها شخصية استثنائية أو فريدة. فهي تبدو أن تطبيقاتها في استئجار الأرحام تبقي ذات معايير أخلاقية من خلال معاملة عملائها في العيادة بشكل عادل. وهي أيضا تؤكد أن مرشحي هذه العمليات يتم عرضهم ، وأن هناك معايير واقية بدرجة كافية يتم تحديدها في حالة القيام بعمليات استئجار الأرحام داخل عيادتها الخاصة.

ولكن للأسف ، فإن نموذج الطبية باتيل لن يمنع أية وكالات أخرى تعمل في استئجار الأرحام من توظيف التطبيقات الأخلاقية فقط من أجل تحقيق الفائدة المادية. ونجد انه بدون تطبيق الحكومة الهندية لسياسات حماية الرفاهية العامة لمواطنيها ، فسوف يترك للأفراد مثل الطبية باتيل حماية هذه العمليات

بشكل تطوعي ، وأيضا حماية الأطفال والعائلات من أن يتم استغلالهم جميعا. وعندما قامت معظم وكالات العمل في استئجار الأرحام بالتركيز علي الفائدة الاقتصادية فقط ، فان الاعتبارات الهامة الاجتماعية والسياسية والأخلاقية التي تحيط بعمليات استئجار الأرحام التجارية قد أصبحت أكثر إلحاحا. بالإضافة إلي أن ، إمكانية استغلال الوظائف المثمرة للنساء الفقيرات كشكل من العمل الرخيص للفائدة الاقتصادية يتم إلقاء الضوء عليها بدرجة كبيرة. وهكذا ، فان النظر فيما وراء قصص النجاح يكون من الهام أن نعترف بان هذه الصناعة غير المنظمة ربما تشكل اهتماما خطيرا وجادا من الناحية القانونية والاجتماعية وأيضا الأخلاقية.

عدم موادة القوانين الهندية لتنظيم استخدام الرحم التجاري لصالح الغير :

في عام ٢٠٠٦ ، قام المجلس الهندي للبحث الطبي بإعلان أن صناعة استئجار الأرحام التجارية في الهند تولد دخلا يصل إلي حوالي ستة بليون دولارا في العام الواحد^(١). وهذا يبدو لنا رقما مبالغا فيه مفترضين أن الرقم الواقعي الفعلي للصناعة في عام ٢٠٠٧ كان حوالي ٤.٥ مليون دولارا.

بالرغم من أن هناك شكاً قليلاً من أن هذه الصناعة هي في نمو مستمر. وتم العمل علي تنظيم الاستئجار التجاري للأرحام في عام ٢٠٠٥^(٢) وفي هذا الوقت ، قام المجلس الهندي للبحث الطبي بإصدار تعليمات تتطلب " بان الأم البديلة تقوم بتوقيع عقد مع الزوجين العقيمين". وهناك سياسات مشابهة تم تطبيقها أيضا من قبل الجمعيات الطبية في الولايات المتحدة ، بينما كانت الجمعية الأمريكية للطب المتمر وجمعية التكنولوجيا المثمرة تطبق المعايير الأخلاقية من خلال رفض التصديق علي عيادات الخصوبة ألا تلتصق بتعليمات التطبيق المقبولة.^(٣) وحيث انه لا الهند ولا الولايات المتحدة لها وكالات تنظيمية قومية

Id. (١)

Id. (٢)

Court Refuses to Intervene for Law on Surrogate Motherhood..... (٣)

لفرض قوانين الاستتجار بالقوة، فإن الصناعة الخاصة يتم تركها لتنظيم نفسها. ومن الواضح أن التنظيم الذاتي ليس هو الإجابة.

وحيث أن ظاهرة عقود استتجار الأرحام التجارية هي جديدة، فليس من المفاجئ أن الهند تفتقد إلى أية سابقة قانونية في هذا المجال. ويبقى من غير الواضح كيف أن المحاكم الأمريكية والهندية تحكم في المنازعات التي تنشأ من تنظيمات استتجار الأرحام^(١). وحتى الآن، فإن محكمة دلهي العليا قد رفضت التدخل. وفي أبريل من عام ٢٠٠٧، قامت (ناميتا روي) برفع دعوي إلى محكمة دلهي العليا والتي تقول فيها بأن "القضية الاجتماعية الموجودة هنا هي أن الاستتجار الرحمي في غياب القوانين أو التنظيم قد أصبح مجالا حرا بالنسبة للوسطاء عدماء الضمير الذين يدفعون بالنساء غير المتعلمات والفقيرات إلى ممارسة الأمومة الناشئة من خلال استتجار الأرحام^(٢)."

"وقد رفضت محكمة دلهي العليا التدخل لفرضية قوانين حول هذه القضية" ولكن بدلا من ذلك، فإن رئيس المحكمة (م.ك. سارما) قد وجها (روي) بأن تتجه وأن ترفع القضية مباشرة مع فروع الحكومة الهندية أكثر من المحكمة. وقد أشارت المحكمة إلى أن وزراء الرفاهية الاجتماعية والصحة سوف تكون هي الوكالات الملائمة بالنسبة لروي لتوجيه إليها الحاجة إلى تنظيم العمل التجاري من استتجار الأرحام.

وقد ذكرت المحكمة أن "الاستتجار هو قضية شخصية وإن المحكمة لا يمكنها التدخل" نرى أن موقف المحكمة سلبي، كيف تتركهم يمارسون تلك العمليات في الوقت التي أصبحت فيه هذه العملية ظاهرة بل والحكومة نفسها تساهم في هذا باتخاذها موقف سلبي، لذلك تعتبر الهند من أكثر الدول

(١) Mahendra kumar Singh, New Laws to REIN IN Womb Business, THE Times of India Oct. 31, 2007 <http://timesofindia.Indiatimes.com/articaleshow/2503791.cms> (last visited jan 14, 2009)

unable to get legal assistance when it comes to taking their child back to their home country.")

Court Refuses to Intervene for Law on Surrogate Motherhood (٢)

وأرخصها ممارسة لهذا الموضوع ونرى ان الحكومة الهندية لها دخل كبير فى ما وصلت اليه.

ومن غير الواضح متى ستصبح هذه القضية أكثر ضغطا بالنسبة لكل من المحاكم والحكومة فى الهند لكي يتم أخذها بشكل أكثر جدية. وقد وجهت وخاطبت عريضة روي إساءات كثيرة ممكنة تنشأ من تنظيمات عمليات استئجار الأرحام التجارية والتحذير من أن هناك إمكانيات كثيرة من سوء الاستخدام للأطفال الذين يتم ولادتهم من خلال هذه الطريقة وتعريضهم للإرهاب والمتاجرة بالشرف أو أبحاث الهندسة الوراثية غير الأخلاقية كغرياء يدفعون للظن الذي لا تربط بينه وبينهم أية روابط عاطفية، إن القائمة لا تشمل حتى أية اهتمامات أخرى أخلاقية مثل الاتجاه نحو الخصوبة أو الزواج.

وفي ٦ من أبريل من عام ٢٠٠٧، تم مخاطبة قضية زيادة عدد النساء العاملات المتزوجات اللاتي يستفسرن الآن عن الأمومة البديلة^(١).

وقد أكد الطبيب (سونيتا تاندولواكر) أن الاهتمام الزائد في استخدام استئجار الأرحام قد أتى من النساء اللاتي لا يرغبن في اخذ راحة من أعمالهن^(٢).

وتشمل النماذج علي هذه الظاهرة في الهند وفي سنغافورة^(٣). وفي حالة المرأة السنغافورية، قد قامت بعمل استئجار رحمي من الهند إلي سنغافورة حتى تستطيع المرأة السنغافورية أن تتسلم الطفل وقد واجهت الطيبة باتيل هذه النزعة من خلال الاستجابة لم تقم أبدا بممارسة الاستئجار لمثل هذه الأسباب فقط يتم اخذ حالات معينة من الناحية الطبية، كما يرفض الطبيب أيضا (سونيتا تاندولواكر) تنظيمات الاستئجار الرحمي غير الضرورية قائلا "نحن ننصح هذه السيدات ألا يتجهن إلي هذه العمليات حيث انه يمكن أن يتم خداعهن من الناحية الطبية في تسليم الأطفال. كما نخبرهن أيضا أن الرابطة تتكون بين الطفل وأمه في فترة الحمل.

Id.

(١)

Id.

(٢)

Id.

(٣)

وبالرغم من أن هؤلاء الأطباء لا يوافقون علي الإمداد بالأمهات البديلات إلي النساء غير قادرات علي الإنجاب ، إلا انه لم يعد هناك حدودا قانونية أو شريعة تمنع هذه الأنواع من التنظيمات من التكوين. وهذا الفقدان للتنظيم يحدث مشكلات كثيرة ومتعددة. ربما ترفض المحاكم الهندية أن تستمع إلي هذه القضايا لأنها غير مجهزة لمخاطبة مثل هذه القضايا الأخلاقية والاجتماعية في غياب وضع سياسي واضح تحكمه الحكومة الهندية.

ويستقر الإلحاح الآن مع الحكومة الهندية من خلال مخاطبة قضايا جديدة من أجل إمداد المحاكم بالحلول القانونية حتى يتم السيطرة على هذه المحاكم والحد من بيع البشر مقابل المال.

عند مناقشة هذه القضايا في العائلات والقوانين المثمرة التي يتم إثارتها من التقدم من خلال التكنولوجيا الفعالة والمثمرة. وبدأت وزارة النساء والطفل الهندية في التعرف علي الخطر الكامن لاستغلال النساء الهنديات الفقيرات

وفي أكتوبر من عام ٢٠٠٧ ، أعلن الوزير (ريهوكا تشودهاري) أن وزارة النساء والطفل وتطويرها سوف يكون قانونا من أجل تنظيم العمل التجاري الخاص باستئجار الأرحام والأمومة البديلة علي خطوط قوانين متشابهة في دول أخرى^(١) وسوف يكون هذا خطوة أولى جيدة نحو حماية المصالح. إن تكرار التعامل مع الحوادث الكامنة من سوء الاستخدام والمنازعات يتطلب أكثر من مجرد تقييم فقط للسياسات الاجتماعية. وبينما تكون هناك ملاحظة للحاجة إلى التنظيم ، فإن الاضطرار لهذه القوانين تم مقابله باعترافات بيروقراطية بطيئة ودون مرور أي تشريع حول القضية. وحتى يتم تفويض مثل هذه القوانين ، فإن إمكانية سوء الاستخدام والاستغلال والضرر للأطفال والوالدين تبقي تمثل خطرا حقيقيا.

(د) اكتشاف صراعات عالية حول قوانين استخدام الأرحام لصالح الغير . . .

علي سبيل المثال ، فإن إيطاليا مثلا تعد دولة كاثوليكية بنظرة أكثر اجتماعية حول هذه العملية (وكتيجة لهذا ، فإن هناك دولا أخرى نامية مثل

الهند قد أصبحت سوقا لسياحة الخصوبة. إن الهند لم تعد الدولة الوحيدة التي تستفيد من هذه النزعة. إن وكالات استئجار الأرحام في روسيا وسلفانيا أيضا تشد الوصول إلى الأسواق التجارية من خلال الإعلانات علي الانترنت نحو استئجار الأرحام^(١). وعلي وجه التحديد، فإن وكالات الاستئجار الروسية والسوفانية تناضل لكي يكون لها نصيب في الطلب علي الاستئجار التجاري للأرحام من الأزواج العقيمين في الدول ذات القوانين الأكثر صرامة مثل بريطانيا العظمي وإيطاليا^(٢).

وبينما كان هناك العديد من الدول منها إيطاليا والسويد تمنع الاستئجار كنوع من علاج العقم^(٣). إلا أن هناك دولا أخرى تسمح بهذه العلاجات، ولكنها تنظمها بشكل كبير منها كندا وبريطانيا العظمي، إن كلا من كندا وبريطانيا العظمي تعد نماذج نادرة للدول التي بها تشريع شامل يحكم العديد من المجالات الخاصة بالتكاثر. وأيضا الإمداد بالتغطية الطبية لعلاجات الخصوبة في ظل خططهم الطبية المنظمة.

وفي بعض الحالات الأخرى فإن التطبيق يعد سببا للدعاء الإجرامي. إن مثل هذه القضية يتم إثارتها عندما قام الزوجين (دومينيك وسيلفي) وهما زوجان فرنسيان بطلب قوانين الاستئجار في دولتهم الأم.

واتجه الزوجان الفرنسيان إلي سان دييجو في كاليفورنيا من أجل استئجار أم بديلة والتي ولدت فتاتين توأمين في ٢٥ من أكتوبر من عام ٢٠٠٠^(٤). ومع هذا، فإن الزوجين واجها تحديات قانونية مع الحكومة الفرنسية عندما حاولا العودة إلي وطنهما مع بناتهما التوأم. إن الحكومة الفرنسية تفرض مصاريف كبيرة علي الأزواج. بالإضافة إلي أن الحكومة الفرنسية تتجنب أية إعلانات أو تصاريح قانونية تقول أن التوأم هما أولاد الزوجين الفرنسيين، وقد حكمت محكمة

Id. At 307.

Id.

Id. at 303

Id.

(١)

(٢)

(٣)

(٤)

الاستئناف الفرنسية أيضا مؤخرا لصالح الاعتراف بحالة الزوجين الفرنسيين ورفض المصارييف.

إن بريطانيا العظمي هي نموذج آخر للدولة التي بها أوضاع سياسية فيما يتعلق باستتجار الرحم التجاري. كما انها تقيد استخدام استتجار بتعليمات صارمة. إن هناك مجادلة تقول أن بريطانيا العظمي قد أوضحت انه بصرف النظر عن سياستها، إلا أن مواطنيها يستمرون في إنشاء الاستتجار التجاري وهكذا، فإنه ليس هناك حاجة للسماح به في بريطانيا بسبب توافر الأمهات البديلة للاستتجار في مناطق أخرى من العالم.

إن بريطانيا العظمي تفضل أن تتعامل مع هذه العمليات من الاستتجار من خلال القوانين المنظمة في داخل حدودها وتسمح لمواطنيها أن تستفيد من سياحة الخصوبة. إن مثل هذه النظرات تتطلب وجود القضايا الأخلاقية والاجتماعية والقانونية المرتبطة بعمليات الاستتجار.

إن بريطانيا العظمي تعتمد علي سياسة تحديد الآباء من خلال العلاقات الوراثية لتنظيم التقدم التكنولوجي. وكنتيجة لهذا، فإن التطبيق الجديد من عمليات استتجار الأرحام يخلق صعوبة كبيرة تؤدي إلي تنمية التشريعات غير الكاملة لمواجهة التعقيدات التي تحيط بعمليات الاستتجار التجارية، إن مرسوم HFEAct "فقط يتعامل مع هذه القضية من خلال عيادات مرخصة وعمليات استتجار مصرح للقيام بها داخل هذه العيادات من الناحية الطبية. تحليل الباحثه:

نرى من جانبنا بداية أن سبب انتشار ظاهرة مثل ظاهرة تأجير الأرحام في دولة كالهند هو غياب المعايير والنظم القانونية لتطبيقها. كما نرى أن المشرع الهندي أباح ضمنا تأجير الأرحام، ويفهم هذا من خلال أكتفاء المحاكم الهندية بعدم سماع القضايا بحجة أنها غير مجهزة لمخاطبة مثل هذه القضايا الأخلاقية والاجتماعية في غياب وضع سياسي واضح تحكمه الحكومة الهندية. وكان من الأفضل في حالة عدم موافقتها على هذه العملية أن تقنن للبطلان المطلق المترتب على إجراء عملية الأمومة بالرحم الجزاء الجنائي وفي الواقع نرى أنه بدون وضع تقنين من المشرع يحظر في هذه التصرفات سوف

تقوم هذه العمليات تكرارا ومرارا ؛ لأنه في ظل عدم وجود عقوبة جنائية فإن التقنين على الجزء المدني دون اقترانه بالعقوبة الجنائية ، يعني أن المشرع الهندي قد أباح ممارسة تأجير الأرحام بطريقة غير مباشرة ، لكنه لم يعترف قانوناً بالأثار المترتبة عليها.

(هـ) إسرائيل كنموذج ناجح لتنظيم استئجار الرحم: ...

إن تاريخ إسرائيل الديني والثقافي يوفر وجهة نظر في طريقة المنظمة لاستئجار الرحم التجاري.

تقوم إسرائيل بتوفير نموذج فريد للتعامل مع الضمانات القانونية لاستئجار الرحم التجاري. حيث يتطلب نظام إسرائيل القانوني توازناً حذراً بين الممارسات الثقافية المتجذرة المتصلة والتقاليد الدينية والحياة المدنية وفي نفس الوقت احترام استقلالية الفرد^(١).

علاوة على ذلك فإن إسرائيل دولة متعددة الأعراق وأغليتها من المهاجرين من شرق أوروبا والبحر المتوسط والشرق الأوسط والشرق الأقصى^(٢). واختلافاً عن جمود الهند واعتماد الولايات المتحدة على تنظيمات الولاية وقوانين ولايات الاتحاد الأوربي التقيدي فإن إسرائيل تتخذ طريقة جريئة وبرجماتية في توفير تنظيم فعال لاستئجار الرحم التجاري. في بداية ١٩٩٢ أدركت إسرائيل أنها لا يمكنها تجاهل الحاجة إلى تنظيم بمجرد ما قامت تكنولوجيا الإخصاب بصنع استخدام أطفال أنابيب^(٣). في استئجار الرحم في إسرائيل: وهو تحليل لممارسة القانون، وثقت رونا شوتز كيف تميزت إسرائيل في إنشاء تخطيط موحد وشامل ومتوازن للتعامل مع الضمنيات القانونية لاستئجار الرحم 'كونت إسرائيل بشكل واضح موقفاً تأمينا لتقنين وتنظيم استئجار الرحم من أجل

(١) Joseph schenker, legitimizing surrogacy in Israel: Religious perspectives, in surrogate motherhood: international perspectives 243,244-45(Rachel Cook et al.eds.,2003)

Id. at 243-44 (٢)

Rhona schuz ,Surrogacy in Israel: An Analysis of the law in practice, in surrogate motherhood: international perspectives 35,36 (Rachel Cook et al.eds., 2003) (٣)

حماية الأم الحاملة والآباء المتعاقدين والأطفال وعامة الناس من تأثيرات استئجار الرحم ، قبل استكشاف الأدوات القانونية التي تستخدمها إسرائيل ، من المهم توفير السياق لفهم تقاليد إسرائيل الثقافية الفريدة وآثارها على القانون المدني ، والذي يسمح بتقييدات سياسية قليلة لإنشاء سياسة شاملة في استئجار الرحم . يمكن إيجاد أحد جذور التقاليد اليهودية في العهد القديم عندما يقدم سفر التكوين ١٦ وجهة نظر: "لقد منعني الرب من أن أحمل بأطفال ؛ اذهب إلى خادمتي هاجر فقد نحصل على أطفال منها. وحملت هاجر لإبراهيم إسماعيل عليهم وعلى رسولنا السلام."

هذه هي قصة سارة زوجة إبراهيم ، والتي اقترحت وهي في سن الثمانين على زوجها أن يستخدمها هاجر خادمتها كأم حاملة ، لتأتيهم بالأطفال حيث أن سارة كانت عقيمًا. وهناك شخصية أخرى عقيم في الإنجيل هي راشيل التي استخدمت خادمتها بيلها لتحمل من زوجها يعقوب.

من المهم ملاحظة الطريقة البرجماتية التي تطرحها التقاليد اليهودية لفهمها الزواج - وأهمية تكوين أسرة وأيضًا مقارنة الطريقة البرجماتية الموازية التي تتعامل بها إسرائيل مع حاجتها لتنظيم استئجار الرحم تجاريًا.

في تشريع استئجار الرحم في إسرائيل : من وجهة نظر دينية يوضح جوزيف شينيك أن اليهودية لا تحدد هدف الزواج حصرا على الإنجاب. بدلا من ذلك فالتقاليد اليهودية ترى الزواج كارتباط قانوني وديني بين رجل وامرأة حيث يدين كل للأخر بواجبات^(١). ويوضح شينيك أن في التقاليد اليهودية "أن واجب الزواج والإنجاب لا يعتمد على الحالة الاجتماعية أو الموقف الديني.

في النظرة المسيحية التقليدية للزواج ، تكون العلاقة الجسدية بين الزوجين بهدف الإنجاب فقط ، ويكون استخدام موانع الحمل محدودًا للغاية". على العكس فإن القانون اليهودي يعترف بالرغبة الجسدية في حدود الزواج ، ويصدق على أن كلا من الزوجين لديه واجب زوجي تجاه الآخر فليس هناك جذور في اليهودية للشعور بالذنب والكبت بسبب خطيئة الحصول على متعة جسدية من الجنس ، ولكن التقاليد اليهودية تفهم طبيعة الاحتياجات البشرية. ربما يكون هذا السبب

وراء كون إسرائيل تتخذ نهجاً مماثلاً متسامحاً سياسياً تجاه تكنولوجيا الإخصاب، ولا يعوقه اعتقاد أن الأطفال الشرعيين يجب أن يتم الحمل فيهم طبيعياً فقط بين زوج وزوجة. إن أول قانون يهودي في الوصايا التي أعطاها الرب لأدم هو: "كنت خصيياً وتكاثر"^(١). ولكن على الرغم من ذلك فإن اليهودية لا تأخذ هذا المعنى حرفياً على اعتبار أن هدف الزواج الوحيد هو إنجاب الأطفال.

على الرغم من ذلك فليس معني هذا هو التقليل من أهمية إنجاب الأطفال في اليهودية. في الحقيقة عندما لم تستطع راشيل أن تنجب أطفالاً ليعقوب كان ردها هو "أعطني أطفالاً وإلا سأموت" تعرف إسرائيل بأنها مجتمع موال للإنجاب مما يعني أن أهلها مستعدين لتجربة أية وسيلة للحصول للإنجاب أطفالاً^(٢).

تحليل الباحث:

الراجح لدينا أن من ضمن أسباب إنتشار موجرات الارحام فى اسرائيل النظام الداخلى وليست المعتقدات الدينية حيث نرى ان السبب فى ميل إسرائيل الموالى للإنجاب هو استثمار الدولة كمية كبيرة من المصادر فى تكنولوجيا الإخصاب، حيث نتج عنه أكبر عدد من عيادات الخصوبة للفرد فى العالم. ولذلك فإن التأمين الصحي القومي فى إسرائيل يمول علاجات أطفال الأنابيب لكل من النساء المتزوجات وغير المتزوجات حتى ولادتين ناجحتين.

يوضح شينيكرا أنه تحت القانون اليهودي "يجب على الزوجين غير الخصيين أن يذهبوا للتشخيص والعلاج" ويضع القانون اليهودي الثاني والثالث أيضاً علاجات الخصوبة فى تجانس بدلا من التناقض مع التقاليد اليهودية فالثاني هو "وصية الرعاية المحبة" والثالث هو "استقامة الأسرة". يناقش شينيكرا أنه بسبب تلك القوانين الثلاثة فإن التقاليد اليهودية، تتفهم إجراء مساعدة الأزواج

(١) Genesis 1:28 (Revised standard version ,catholic Edition ,catholic Edition)

(٢) Elly teman,"knowing" the surrogate body in Israel: Religious perspectives, in surrogate motherhood: international perspectives 261, 262 (Rachel Cook et al.eds., 2003)

الذين لم ينجبوا بكل الطرق الممكنة طالما أنه ليس هناك من يصاب بأذى في صالح حفظ السلام المنزلي واستقامة العائلة.

تدمج إسرائيل نظام قانوني مهجن يركز على كل من القانون المدني والديني، ويكمل شينيكرا الحديث "أن قانون ولاية إسرائيل والذي يؤسس الشريعة اليهودية كقانون ولاية في كل الأمور التي تتعلق بالحالة الفردية والتي تتضمن الزواج والطلاق والشرعية ويحمل المحاكم الحاخامية حالة المحاكم المدنية للقانون في الدائرة المتسعة.

يتداخل القانون اليهودي مع المدني في حالة أن تكون الأطراف المختصة معارضة للشريعة اليهودية ويوضح شينيكرا: مازال القانون اليهودي يطبق بواسطة المحاكم الحاخامية في نطاق اختصاصهم من الحالات الشخصية... وقد أعطى ذلك المحاكم الحاخامية السلطة الحصرية في مسائل الزواج والطلاق حيث يتم التعامل معهما بالقانون اليهودي بطبيعة الحال. في المسائل الشخصية الخاصة بالأطراف اليهودية من المطلوب من المحكمة العامة أن تطبق القانون اليهودي أيضاً إلا إذا كان قانون الولاية ينص في تلك المسألة. وقد تم استثناء قانون التبني لعام ١٩٦٠ من تعريف الحالات الشخصية. وفي هذا السياق تشكل القانون الذي يرفع الأمومة باستئجار الرحم.

في الحقبة الحديثة يثني شوز على مخطط إسرائيل التنظيمي للبقاء في المقدمة في المجتمع الدولي ويجده مثلاً مثيراً على "نظام تنظيمي ناضج للموافقة على اتفاقيات الحمل البديل". التزام إسرائيل بالتنفيذ: هو نموذج لحماية العامة بدون تعريض استقلالية الفرد ولا المعايير الأخلاقية.

في ١٩٩٢ شكلت إسرائيل هيئة ألوني "الهيئة" لتقييم المسائل التي قد تكون معقدة التي قد تجلبها تكنولوجيا الإخصاب (مثل أطفال الأنابيب). وفصلت الهيئة سياسة وضعت لتحفظ التوازن بين مصلحة الولاية في تنظيم النسل واحترام حرية وخصوصية الأفراد.

وعلى الرغم من أن الهيئة لم تقر قانونياً وعن قصد استئجار الرحم تجارياً إلا أن قانون اتفاقية استئجار الرحم "القانون" منع أقارب الأبوين من العمل كحامل بديل، ولكنه سمح بذلك للنساء الأخريات واللاتي يمكن تعويضهن

عن وقتهن ومعاناتهن، أدى ذلك للتأثير غير المقصود لإنشاء برنامج منظم وقانوني لاستئجار الرحم في إسرائيل.

هناك استثناء مهم في هذا القانون وهو منعه للحمل البديل الجزئي مثل في حالة الطفل M عندما ستكون الحامل البديلة هي الأم البيولوجية للطفل عن طريق التبrec ببويضاتها^(١). وذلك ما يسمى في إسرائيل بالحمل البديل التقليدي ولكن لم يعد أجد يفعل ذلك حيث أن القانون يسمح فقط باستئجار الرحم وذلك يتناقض تمامًا مع الولايات المتحدة والهند حيث يمكن أن تحتفظ الأم الحامل بروابط جينية بالطفل الذي تحمله حيث أنه لا يوجد منع مباشر عن الحمل البديل التقليدي.

الجانب الأكثر إدهاشا في القوانين الإسرائيلية التي تتعامل مع استئجار الرحم التجاري هو مدى جودة النظام. ويقع تنفيذ النظام على عاتق "هيئة الموافقات" المسئولة عن المراجعة القضائية والموافقة الرسمية على عقود استئجار الرحم لضمان حماية مصالح جميع الأطراف بطريقة متوازنة وحماية استقامة سياسة إسرائيل العامة الخاصة باستئجار الرحم التجاري.

و من أجل حماية الحامل البديلة من الاستغلال تطلب إسرائيل فرزاً شاملاً لجميع المرشحين المحتملين لضمان توافق جميع الأطراف والموافقة الطوعية والواعية والاحتياطات الصحية الجسدية والعقلية والضمانات المالية أيضاً، يطلب القانون تقييم توافق طبي ونفسي بداية للمرشحين المحتملين بواسطة محترف مستقل فالمرشحة للحمل البديل تعتبر غير مؤهلة لتقييم تناسبها بموضوعية.

ويتم تغطية عملية الفرز من نظام الرعاية الصحية الإسرائيلي العام، ويمكن للأزواج الحصول على عملية أطفال الأنابيب مقابل حوالي ٥٠٠ دولار خلال مركز أطفال الأنابيب في مستشفى رامبام وهو توفير كبير جداً مقارنة بالسعر في العيادات الخاصة والذي يصل إلى ٨٠٠٠ دولار يقوم مركز مستشفى رامبام بفرز المرشحين وتوفير الموظفين الاجتماعيين لمصاحبة الأزواج خلال العملية.

Id.; In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1234 (N.J. 1988)

(١١)

في المراحل الأخيرة تقوم هيئة الموافقات بإجراء فحص لضمان أن كل الجوانب الضرورية من اتفاقية استئجار الرحم مأخوذة في الاعتبار في العقد. تقوم هيئة الموافقات بمراجعة المسائل المتضمنة في عقد استئجار الرحم متضمنة العدل للطرفين والإباحة الكاملة والمشورة القانونية المناسبة للأم البديلة القوانين والمتطلبات الخاصة بالمبنى الطبي وتوفير مشورة نفسية للأم البديلة خلال ستة أشهر بعد الولادة وتوفير الضمانات لحماية خصوصية الأم البديلة (على سبيل المثال منع الطلبات المتطفلة للأبوين بالتواجد في كل الفحوصات الطبية ومنع الإفشاء العام بخصوص تفاصيل اتفاقية الأطراف^(١)).

وتوفير الحماية والمصادر المناسبة للأم البديلة. قد تفسر كمية المصادر التي يتطلبها القانون لاستئجار الرحم -المشورة القانونية والموظفين الاجتماعيين والمختصين الطبيين والأطباء النفسيين للمساعدة في المشورة التالية للولادة- سبب عدم وجود سوق لوكالات استئجار الرحم الخاصة في إسرائيل، وكنتيجة لهذا التنظيم الشامل قللت إسرائيل إلى حد بعيد من مخاطر الاستغلال وإكراه النساء على الحمل البديل. فقد قامت إسرائيل بإنشاء نظام من الوضوح واليقين والفعالية.

لا يقوم القانون بتوفير إرشادات محددة للتعويضات المناسبة للأمهات البديلات ولا تتدخل هيئة الموافقات في المفاوضات، ولكن على الرغم من ذلك فإن المراجعة المكثفة للعملية بواسطة هيئة الموافقات من أجل العدالة والتأثير الملزم للعقد يجعل من الصعب استغلال الأم البديلة مالياً.

منهج إسرائيل الاستباقي لتفعيل القانون وتشكيل وكالة تنظيمية يوفر حماية مناسبة لضمان عدم كون الأم البديلة أكثر الأطراف ضعفاً في العملية. على العكس فإن فرصة الأم البديلة الهندية في الحصول على عرض ومشورة مناسبين يكون تحت رحمة عيادة الخصوبة الخاصة. باعتبار رفض المحاكم الهندية الحكم في قضايا تتعامل مع استئجار الرحم التجاري ونقص السوابق القانونية وغياب القوانين التي تتعامل مع المسألة، تكون الأمهات البديلات في الهند معرضات

خصوصاً للاستغلال. وليست الأمور مختلفة كثيراً في الولايات المتحدة، فبعدم وجود قوانين تتعامل مع الحاجة لتنظيم الصناعة وعدم قدرة الولاية على سد الفجوة تتعرض المرأة الأمريكية أيضاً لخطر الاستغلال. لا تضمن أيّا من الهند أو الولايات المتحدة أن تحصل الأم البديلة على أي عرض سواء نفسي أو طبي أو توفر المشورة للأم البديلة سواء قانونية أو نفسية والذي يضمنها النظام الإسرائيلي.

إن مدي الحماية التي توفرها هيئة الموافقات لا يتوقف عند الأم البديلة ولكنهم يضمنون أيضاً عدم استغلال الأبوين. فعلى الرغم من الأبوين دائماً ما يعتقد أنهم في الموقف الأفضل في المفاوضات إلا أن هيئة الموافقات تسعى لحمايتهم من الضعف العاطفي أيضاً حيث أن هيئة الموافقات تتطلب مثل عملية الفرز المرهقة من الأطراف قبل منحهم الموافقة القانونية لعقد استئجار الرحم يمنع القانون الأم البديلة من خرق العقد مع بعض الاستثناءات في ظروف مختلفة.

بالتالي يمكن أن تكون إسرائيل نموذجاً للمجتمع العالمي مع تصحيح عناصر تفرد إسرائيل ثقافياً وجغرافياً وفي حجم الشعب والجوانب الأخرى التي لا تتكرر. على الأقل يمكن لإسرائيل أن تشهد على أن التنظيم يمكن أن يساعد الدول على تفادي المخاوف الأخلاقية والاجتماعية التي تنشأ من استئجار الرحم التجاري وفي نفس الوقت بغير خرق خصوصية واستقلالية الأطراف في عقد استئجار الرحم. إن ما يعرض ممارسة استئجار الرحم لأسوأ المعايير الممكنة ويعرض الأم البديلة والأبوين والأطفال إلى أكبر الأخطار هو غياب التنظيم (وهو نتيجة لعدم مواكبة النظام القانوني للتقدم في تكنولوجيا الإخصاب).

وأخيراً مع اختفاء الوصمة المصاحبة لاستئجار الرحم بدأت الدعوة لتنظيم استئجار الرحم تجارياً في النشاط. توفر الهند مثلاً رئيسياً لدولة نامية تتعامل مع التحديات للمناطق المتقدمة من القانون المتعاملة مع التاج الثانوي لتكنولوجيا الإخصاب المتقدمة خصوصاً الاستعانة بمصدر خارجي في استئجار الرحم تجارياً لعملاء دوليين. والضد المباشر للهند هو إسرائيل، حيث ثبت أن استئجار الرحم تجارياً يمكن تنظيمه بنجاح. يمثل مخطط إسرائيل التنظيمي نموذجاً فعالاً للدول التي تسعى لتنظيم استئجار الرحم تجارياً.

ويرى مؤيدو هذه العملية أنه يجب أن نبدأ في التعامل مع المسألة داخلياً مثل إسرائيل. بالإضافة لذلك يجب أن نعترف بإسرائيل كنموذج ناجح للمنهج البرجماتي للتنظيم استئجار الرحم تجارياً. إن نظام إسرائيل التنظيمي الشامل يوفر المصادر والبصيرة اللازمة لمنع الأذى من وكالات استئجار الرحم المهمة وعيادات الإخصاب. ما هو أكثر أننا يجب ألا نسمح بمأس جديدة وغضب العامة قبل التعامل مع هذه المسألة فقد حان وقت التحرك.

تعليق الباحث: ..

نرى أن هناك فرقاً واضحاً وشاسعاً بين الانظمة القانونية للدول الثلاث الممارسة لعملية تأجير الأرحام في دول الولايات المتحدة الأمريكية والهند وإسرائيل والذي دعم هذا التباين هو ما عكسته لنا السوابق القضائية من ردود أفعال أطراف العلاقة فهناك دولة كإسرائيل الذي دعمها هو توجيه هذه العملية تحت هيئة الموافقات ودعمها بخضوعها تحت مظلة القانون المدني، بصرف النظر على مسألة التبنى التي وضع لها قالباً جديداً عندما تعارضت مع النظم الدينية لديهم ونرى أن هذا التقنين أو النظام الذي وضعت دولة إسرائيل ليس من أجل مساعدة الأزواج كما ادعوا أو من أجل حقهم في الانجاب بل من أجل تفعيل ومساعدة النظم السياسية الهادفة للدولة بزيادة نسلها بل، وأكثر من ذلك مكافأة من يريد أن يتبع هذه الوسيلة وتدعيمه بثوب القانون، وتلقى الرعاية الصحية العام في إسرائيل الإرشاد من هيئة الموافقات والذي قادنا الى هذا التفكير هو الحكمة من جعل إسرائيل ترفض الحمل التقليدي بل وتحاربه، نظن من وجهة نظرنا المتواضعة انه يرجع إلى أن عدم رغبتها في أن تختلط عروقها بأنساب أو جنسيات أخرى تعارض أهدافها السياسية أي التوسعية

وذلك يختلف عن الولايات المتحدة والهند - حيث تقع مسئولية حماية الأم البديلة على التنظيم المتطوع من المجتمع (مثل الجمعية الأمريكية لطب الإخصاب والمجلسي الهندي للبحث الطبي) أو على عاتق الممارسين الخاصين (مثل دكتور باتل) - والسبب في ذلك يرجع الى الدافع المادي لدولة الهند وليس السياسي مثل إسرائيل حتى انه وصل الحد فيه الى تجاهل وسلبية الحكومة الهندية

تجاه الأفراد بسبب ما توفره هذه العملية من عملة أجنبية لهذه الدولة لدرجة ان هذه العملية اعتبرت دخل اساسي كالبترول يعتمد عليه الدخل القومي للدولة مما سبق يتضح أن زيادة الدول لممارسة عمليات استئجار الأرحام التجارية أوجدت أسواقا جديدة في كل من الولايات المتحدة والهند إن الحاجة إلي هذه الأسواق تحكمها الأزواج غير القادرين علي الإنجاب الذين يتجهون إلي الخارج لتأجير الأرحام أو الأمهات البديلة ؛ بسبب قيود مالية شخصية أو قوانين أهلية داخلية ؛

وبالتالي فإن المعوقات التي تواجه الأزواج الأوربية في تحقيق هذا تلقي الضوء علي كيفية انعكاس العادات الثقافية المحيطة باستئجار الأرحام في عدم قدرة الحكومات علي تنظيم التطبيق خلال تقييد الوصول إلي عمليات الاستئجار التجارية داخل حدودها. إن مثل هذه الإستراتيجية ربما تكون فعالة منذ خمسين عاما مضت، ولكنها لم تعد واقعية اليوم. وفي السوق العالمي يبدو للمواطنين أن يتبعوا قوانين داخلية فعالة حول تأجير الأرحام بواسطة الدخول إلي سياحة الخصوبة^(١).

"وبينما الطلب علي سياحة الخصوبة^(٢) في الهند يرجع بالدرجة الأولى إلي المدخرات التي تعود علي الدخل القومي للهند، فإن الدوافع الأولية لمعظم الأزواج الأوربيين المشاركين في سياحة الخصوبة هي القوانين الداخلية الصارمة والسماوات الثقافية المرتبطة بالاستئجار التجاري في دولهم فمثلا، هناك بعض الأزواج غير قادرين علي الحصول علي نوع محدد من علاج العقم بسبب فقدان وانعدام التكنولوجيا وانعدام الطلب وعدم توافر العلاج بسبب قيود قانونية أو غيرها

(١) Peter R. Brinsden, Clininal Aspects of IVF Surrogacy in Britain, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 99, 100(Rachel Cook et al. eds., 2003)

(٢) (FN78). Id, At 300. الحل الأوربي لتنظيم استئجار الأرحام بالقضاء علي سياحة الخصوبة: التي يتم تعريفها علي أنها شبكة الخدمات التي يتم تحديدها من اجل الإمداد بعلاج العقم إلي المسافرين من الخارج وبهذا يتضح ان سياحة الخصوبة لا تقتصر علي تنظيمات استئجار الأرحام فقط

والسؤال هنا من وجهة نظرنا كمجتمع إسلامي هل النظام والتقنين التنظيمي الذي تتبعه هذه الدول في ممارسة عملية تأجير الأرحام هل سيحد منها ويقللها حتى تنتهي كظاهرة عارضة أم إنه سينظمها حتى يثبتها وعندئذ ستحول من ظاهرة الى وسيلة اعتيادية يتداوله راغبيها...

الحل البديل للرحم البديل هو أن الاستمرار في استخدام تقنية أطفال الأنابيب وتقديم علاجات الإخصاب الأخرى فإن ممارسة استئجار الرحم سوف تستمر وتتوسع. في مجتمع عالمي مندمج يمكن للخمول أن يأتي بعواقب مباشرة على الجميع. من الضروري أن تفهم حكومات دول الاتحاد الأوربي والولايات المتحدة أن تمتنع عن تنظيم استئجار الرحم تجارياً وسيسبب الجدل الأخلاقي المحيط بالموضوع سيؤدي فقط إلى زيادة المشكلة في هذه الصناعة النامية. وجدير بالذكر أن تجنب التنظيم سوف يثقل كاهل الأمم النامية مثل الهند بمصادر وأدوات أقل للإمساك بزماء المسألة.

يجب على دول الاتحاد الأوربي والولايات المتحدة أن تقود تنظيم الممارسة عالمياً. يجب على الحكومات إدراك واجبهم بحماية الأطفال والنساء والأسر من متهمزي الفرص والممارسين المهملين الذين يسعون في الأساس للربح من المناخ القائم من التنظيم اليائس لاستئجار الرحم تجارياً. وبما لا شك فيه أنه لا يمكن حل العديد من مسائل السياسات العامة بداخل عزل الحدود القومية.

لذلك يتطلب النجاح إما التناسق أو التعاون سواء في التغير المناخي أو الأزمة الاقتصادية الحالية لأن استئجار الرحم. وسوف يؤدي الجمود إلى الإضرار بصحة وسلامة النساء والأطفال. سوف تحتاج المحاكم أيضاً إلى الإرشاد من الفروع التشريعية للحكومة في تفصيل معايير قانونية للحكم في النزاعات الخاصة باستئجار الرحم بشكل مناسب أو الاتهام الجنائي لكل من قام بقصد أو بإهمال بالتسبب في ضرر أي من المختصين بالأمر خصوصاً الأطفال الناتجين عن تربيّات استئجار الرحم.

لقد رأينا بالفعل ما الذي يمكن لعدم التنظيم أن يفعله بالاقتصاد العالمي. وما هي إلا مسألة وقت حتى يتم الحمل في المزيد من الأطفال خلال استئجار الرحم لآباء غير مؤهلين، مما يتطلب من وكالات الخدمات الاجتماعية في

المستشفيات أن تتدخل ، مثلما حدث مع التوأم الهندي الذي ولد لأب غير مؤهل. في الحقيقة فقد أثبت جمود الولايات المتحدة في ٢٠٠٩ أن حالة التوأم الهندي لم تكن حالة منفردة. فاهتمام العامة وغضبهم على ناديا سوليمان وهي أم وحيدة ولا تعمل ، ومن المحتمل أنها غير مستقرة عقلياً والتي أنجبت ثمانية توأم ، تذكرنا أن الحاجة للتنظيم لا تقتصر على مسألة استئجار الرحم فقط ، ولكنها تمتد لتشمل كل الممارسات الخاصة بتكنولوجيا الإخصاب المتقدمة مثل عيادات الإخصاب وعمليات أطفال الأنابيب وممارسي الطب.

المبحث الثاني

النظم القانونية المعارضة لإستخدام الأرحام

وعلى عكس الاتجاه التشريعي السابق الذى يملك حق الغير باستغلال المرأة بجعل رحمها وعاء يحتضن نطف الغير، اتجهت بعض الأنظمة المقارنة إلى معارضة تلك الوسيلة مع وضع عقوبات جنائية ومدنية ، وسوف نستعرض أمثلة لتلك الأنظمة مع بيان رأي الفقه الفرنسي المعارض لتلك العمليات موضحين موقفه تجاه أعمال الوسطاء لإتمام طريقة تأجير الأرحام.

(أ) القانون الفرنسي:

نص المشرع الفرنسي على العقوبة فى المادة ٢٢٧ - ٥ من قانون العقوبات الصادر فى ٢٢/يوليو ١٩٩٢ على عدم تقديم الصغير إلى من له حق عليه كما يعاقب المشرع فى المادة ٢٢٧ - ١٢ من ذات القانون "كل من يحرض الوالدين أو أحدهما على ترك الطفل حديث الولادة أو علي وشك الولادة وذلك سواء أكان ذلك مقابل فائدة مالية أم وعد بها أم تهديد أم إساءة استعمال السلطة ويشدد المشرع العقوبة فى حالة التوسط بدافع الربح بين من يرغب فى تبني طفل واحد الوالدين الذي يرغب فى ترك الطفل عقب الولادة أو قبلها. كما تعاقب المادة ٢٢٧ - ١٣ على تغيير الحالة المدنية للطفل.

كما نصت المادة ١١٢٨ من القانون المدني الفرنسي ، بأن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا كان محله مما لا يقبل التداول مثل الإنسان الآدمي فإذا نشأت منازعات حول تسليم الطفل فى حالة استخدام وسيلة الأم البديلة فى

الإنجاب فلا يتم الفصل فيها وفقا للعقد ؛ لأنه باطل بل يكون الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة واختيار الحل يكون وفقا لمصلحة الطفل^(١).

وعلى نص المشرع الفرنسي في المادة ١٦/٧ من القانون رقم ٩٤ - ٦٥٣ والصادر في ٢٩ يولييه لسنة ١٩٩٤ م علي أنه : "تبطل كل الاتفاقات المتعلقة بالإنجاب أو الحمل عن الغير". كما نص في المادة ٤ من القانون السابق علي إضافة فقرتين للمادة ٢٢٧ عقوبات فرنسي تقرر عقاب أفعال الوساطة بين المرأة الحامل وبين الزوجين الراغبين في الإنجاب بعقوبة الحبس سنة والغرامة مائة ألف فرنك فرنسي ويعاقب بنفس العقوبة السابقة حالة الشروع في ارتكاب الأفعال السابق وتضاعف العقوبة في حالة اتخاذ الوساطة شكل الاعتياد أو كان الهدف منها هو الربح.

لو دققنا النظر في نص المادة ١٦ / ٧ السابقة لوجدنا لفظي الإنجاب والحمل عن الغير ماذا قصد المشرع بهذين اللفظين ويعني الحمل لصالح الغير : - أن يتم الاتفاق علي الحمل البديل بنطف الزوجين التناسلية مع الالتزام بتسليم الطفل لأبويه البيولوجيين.

أما الإنجاب البديل فيعني : - الاتفاق بين الزوجين والحامل علي توليد طفل لا يتصل بالزوجين بيولوجي ، بل تكون خلاياه التناسلية مصدرها الأم الحامل وزوجها مثلاً أو يكون مصدرها التبرع هذا ما يفرق بين الوسيلتين الحمل والإنجاب لصالح الغير، لكن الذي يجمع بينهما هو الاتفاق الوارد بينهما والذي مقتضاه التزام المرأة الحامل بتسليم الطفل بعد الولادة مباشرة، وهذا هو ما أراد المشرع الفرنسي إبطاله مدنياً.

ويحسب للمشرع الفرنسي تعميم الحظر على جميع أفراد العلاقة ، بمعنى أن الحظر الوارد في ذات المادة الاتفاق علي الحمل أو الإنجاب لصالح الغير بصفة عامة ، فيستوي بذلك أن يكون هذا الغير من الزوجين أو من أصحاب العلاقات الحرة أو حتى الشواذ، كما أن ورود لفظ الغير بصفة عامة يعني كذلك امتداد

(١) المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، محمد عبد الوهاب الخولي ص ١٠٠ وما بعدها.

الحظر لهذا الغير سواء كان شخصا واحدا أو عدة أشخاص مثل النساء المطلقات أو الأراامل أو العزب ، وقد يكون هذا الغير رجلا لا يرغب في الزواج أو من الشواذ أو مطلقا أو أعزبا. لذا يحسب للمشرع الفرنسي محاربة أنظمة الحمل البديل بين كافة علاقاتها ، ويتضح جليا أن موقف المشرع الفرنسي ليس بجديد ، فقد سبق وعارض تلقيح الزوجة نفسها بعد وفاة زوجها وهذا فمن الأحق أن يعد أجازته للتبرع بالرحم.

نرى أنه يؤخذ على مسلك المشرع الفرنسي بيد أنه فصل بين أفراد العلاقة من حيث الجزء المدني والجزء الجنائي ، بمعنى أنه قصر الجزء الجنائي على مكاتب الوسطاء وأمثالها ، بل وخصص لهم عقوبات مشددة.

وفي رأينا أراد المشرع ذلك حتى لا ينقلب الموضوع إلى تجارة يكون المتحكم فيها هو مكاتب وهيئات الوساطة ولكنه قصر الجزء المدني لأطراف العلاقة التي تتم من خلالهم عملية الإنجاب بواسطة الرحم المستأجر المتمثل في صورة بطلان العقد أو الاتفاق المبرم بينهما دون وضع جزء جنائي ، معنى ذلك أنه لو تمت هذه العملية دون وسيط لأجاز المشرع الإنجاب بطريقة الرحم المستأجر.

كما نرى من خلال السياق السابق أن المشرع الفرنسي اهتم بالصالح العام المتمثل في الحد من المشاكل التي تؤدي إلى المنازعات القضائية والتي قد تنشأ بين أطراف العلاقة سواء أكان من الزوجين أو صاحبة الرحم المستأجر أو الوسطاء وغفل عن مصلحة الطفل المتمثلة في حمايته بتوفير الحياة التي سيأتي فيها في ظل علاقات واتفاقات ليس له دخل ، فيرى بعض الفقهاء ترجيح المشرع الفرنسي لمعيار ثبوت النسب بالولادة علي المعيار البيولوجي لثبوتها ويؤكد ذلك لديهم البطلان المقرر لهذه الاتفاقات علي الأمومة بالإنبابة والذي يترتب أثره في حرمان المرأة التي تلقي بنطفها الملحقه بمنى زوجها في رحم غيرها من الطفل المتولد من هذا الاتفاق مما لا يمنحها الحق فيها قانونا ، كما لا تقبل لها أية دعاوى تتعلق بثمة حقوق لها علي الطفل من ناحية نسبه وحضائته ويؤكد ذلك كما ذكرنا ترجيح معيار ثبوت الولادة علي معيار الوراثة في ثبوت نسب الطفل جهة

أمه ، ويتفق ذلك مع المعيار الذي وضعه الشارع الفرنسي بصفة عامة لثبوت نسب الطفل لأمه في الأصل.

وتعليقا لما سبق ذكره نجد أن المشرع الفرنسي قد أخفق عندما رجع الأم بالرحم على الأم البيولوجية ، حيث أنه تصور أنه بهذا التفضيل يكون قد وضع الحل في الحد من التنازع واقتصار هذه الممارسات ، كما أنه اعتقد أن بهذا التفضيل يكون قد عاقب الأم البيولوجية بالتصرف في نطفتها الملقحة بنطفة زوجها ووضعها في رحم غيرها ، طلبا لإنجاب الطفل وأغفل المشرع الفرنسي مصلحة الطفل في حرمانه من أمه البيولوجية التي تكون في الغالب صاحبة العز والجاه ، وتناسى باعتبار أن الأم بالرحم غالبا ما تكون في معظم الأحيان من الطبقة الفقيرة لاضطرارها للجوء بمثل هذه التصرفات بعرض رحمه للإيجار لحساب الغير فكيف يرث الطفل أمه الوالدية لو أطلقنا عليها هذا التعبير علما بأنها قد أبرمت اتفاقا سابقا على الحمل والتسليم بمجرد الولادة في معظم الأحيان.

(ب) القانون الألماني:

اهتم القانون الألماني بحماية البويضة المخصبة بصفة عامة ويرجع السبب في ذلك للتجارب الصعبة التي مر بها الشعب الألماني في الحرب العالمية الثانية ، حيث استخدم فيها الإنسان كحقل تجارب مما جعله محلا للانتهاكات أمام النازية^(١) وأمام التقنيات الحديثة ظهرت لجأ مشكلة لدراسة هذه الظواهر الحديثة مما جعلها أشد استاءا تجاه وسيلة تأجير الأرحام لذا فقد صدر قانون ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٨٩ معدلا بعض احكام قانون التبني ، وكانت اللجنة المكلفة بإعداده قد ضمنت نصوصا تعاقب كل من يقترب من النشاط بصفة معينة ابتداء من الأمهات صاحبة الرحم المستأجر والأزواج والوسطاء ثم الطبيب على تجريم فعل الوساطة أيا كان شكلها سواء أكانت بمقابل أو بالتبرع وأيضا جرم فعل الطبيب القائم بعملية الإنجاب ، أما الطرفان الأم المستأجرة أو الزوجان فلا يقع سلوكهما في

(١) د/ طارق عبد الله محمد ابو حوه - الإنعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي - ص ٢٦٨ المرجع السابق.

منطقة الحظر وفي سنة ١٩٩٠ تدارك المشرع الألماني خطورة الموقف لزيادة ما يقرب من ألف طفل ولدوا بوسيلة أرحام مستأجرة.

هذا وقد خصص القانون الصادر سنة ١٩٩٠ فقرة لهذه الوسيلة مادة ١/١ سابعاً والتي تنص على "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات أو الغرامة لمن يجرى عملية تلقيح صناعي أو نقل بويضات مخصبة لامرأة بغرض أن تنازل الأخيرة عن الطفل بعد ولادته لامرأة أخرى".

كما تنص الفقرة الثالثة ثانياً من ذات المادة على أنه "لا تخضع لهذه العقوبة المرأة التي ترغب في الاحتفاظ بالطفل المرأة الحامل".

ويتضح من النصوص السابقة أن الأمومة تثبت قانوناً للمرأة التي وضعت الطفل ولا يستطيع أحد إجبارها على التخلي عن طفلها ولو تمت العملية وتسلم الزوج أي الأب البيولوجي الطفل فيمكن لزوجته طلب التبني الكامل وتلخيصاً للسياسة العامة نسرد العقوبتين.

الجزاء المدني:

وهو بطلان كافة الاتفاقات المتعلقة بالحمل البديل والتي تلتزم فيها المرأة الحامل بتسليم الطفل عقب الولادة مباشرة مع ما يترتب على ذلك من الآثار خاصة بتلك التي ترتبط بانتساب الطفل لأمه الحامل التي ولدته مع بطلان التخلي عنه للأم البيولوجية.

الجزاء الجنائي:

تجريم أشكال الوساطة للأعمال الإنجابية وتجريم كافة أعمال الطبيب القائم بها مع عدم امتداد العقوبة إلى الأطراف الأساسية التي أبرمت الاتفاق.

(ج) القانون البريطاني

اهتم القانون البريطاني^(١) بالنظر والبحث في هذه المسألة لذلك تم تأليف لجنة لدراسة ظاهرة الرحم المستأجر من كافة جوانبها برئاسة مدام ماري وارنك

(١) في التجارب العلمية على الإنسان أمام النازية راجع : - L experimental
maine eu - Allemagne Naz iede 1990 -9-1945 Cahiers Leanec 1952 -
n-2-p-40

في يوليو ١٩٨٢ ، حيث تناولتها من الجوانب الاجتماعية والدينية والقانونية والأخلاقية وغيرها.

واستمرت الدراسة حوالي عامين ، حيث قدمت نتائجها في تقرير تام بها إلى البرلمان في يونيو ١٩٨٤ وتدخل المشرع الأنجليزي في ١٦ يولييه فنظم الحمل لصالح الغير في اتجاه التقليد والحظر في القانون المسمى Surrogacy ولقد حدد المشرع فيه الأنشطة المجرمة والمحظورة حيث حظر التدخل بأي شكل من أشكال الوساطة بغرض إتمام هذه العملية "أطلع بها أو تدخل في جزء منها أو جمع معلومات عن الطرفين لخدمة المفاوضات م/١ خاصة إذا اتخذ النشاط الشكل التجاري سواء لصالح الشخص أو لصالح شخص آخر، سواء تسلم هو المقابل مباشرة أو شخص آخر شريك معه م/٣ قبل إتمام العملية أم بعدها وأيا كان مقدار هذا المال.

ووضع عقوبة على من يخاف هذه النصوص بالحبس مدة لا تزيد عن أربعة أشهر ، ولقد حظر المشرع في هذا القانون كل أنواع الإعلانات التي تتم بغرض البحث عن نساء تقبل الحمل لصالح الغير أو الإعلان لراغبي هذا النشاط أيا كان فحوى الإعلان أو الشكل الذي خرج فيه ، وسواء تضمن الإعلان عن استعداد شخص للتفاوض أو تسهيل التفاوض لتحقيق هذا الاتفاق أو قيامه بالبحث عن نساء راغبات في الحمل لصالح الغير أو شخص يرغب في امرأة لحمل طفل أياً كان مكانها أو وسيلة إخراجها "الجرائد أو أية إعلانات يومية تنشر في المملكة المتحدة" م/١ (المالك - المخرج - الناشر لأية إعلانات يقع تحت طائلة النص).

م/٢ وتشمل الإعلانات المسموعة أو المرئية والناشر لهذه الإعلانات أو المشترك فيها أو الموزع لها أو المشترك في التوزيع.

وبعد صدور قانون تنظيم إجراءات الإنجاب من خلال الأم البديلة في المملكة المتحدة عام ١٩٨٥^(١). وقد اتجه المشرع إلى تحريم كافة الإجراءات التحضيرية أو التنفيذية المتعلقة بالوسيلة المشار إليها إذا كان الدافع هو الاتجار

Surrogacy Arrangement, Act, 1985

(١)

والتي تصدر من الغير سواء بالنسبة للأفراد أم الهيئات أيا كانت طبيعتها ويندرج تحت ذلك أفعال التحريض والاتفاق والمساعدة والاعلان.

ولا يخضع الطبيب وفقا لذلك القانون إذا اقتصر سلوكه علي إجراءات مساعدة الأم علي الوضع أو الإشراف علي الحمل بعد حدوثه إذا لم يكن قد شارك في الأعمال السابقة علي ذلك التي يجرمها المشرع والتي تهدف إلي تشجيع هذه الوسيلة خاصة إذا كان الغرض هو الربح^(١).

ولقد أضاف القانون الصادر في ١ نوفمبر ١٩٩٠ تعديلاً حيث أعطى للقضاء رخصة من شأنها أنه يمكن اعتبار الطفل الذي يولد نتيجة للحمل لحساب الغير سواء بطريق التخصيب في الأنبوب مع نقل البويضة أو بطريق الإنجاب الصناعي اعتباره كانه من زواج عادي.

ويلاحظ أن المشرع الإنجليزي لم يجرم العملية ذاتها إذا تم علي سبيل التبرع وكذلك سلوك المرأة التي ترغب في الحمل وتتقدم متطوعة لذلك ولا الزوجين الذين يبحثان عن امرأة لحمل طفلها وبالتالي ظلت هذه العملية تزاوّل في نطاق التبرع والحظر يقع علي النشاط بمقابل أو الإعلان عنه ، ومع مرور الوقت بدأت تقل حدة الاعتراضات علي الوسيلة إذا اتخذت الشكل التبرعي^(٢).

(د) القانون السوداني:

ورغم من أن المشرع السوداني لم ينص صراحة علي بطلان الحالة موضوع الكتاب إلا أن القواعد العامة في قانون المعاملات السوداني لسنة ١٩٨٤ تجعل مثل هذه العقود باطلة باعتبارها عقود غير مشروعة إذ تنص المادة ٧٨ - ٢ - منه علي أنه (يجب أن يكون محل العقد جائزاً شرعاً وإلا كان العقد باطلاً). وتنص المادة ٨٤ - ٢ - من ذات القانون بأنه (يجب أن يكون السبب سبب العقد موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب). فإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب لأنه يتعلق بالتصرف في جسم الإنسان بما يخالف القانون والآداب العامة والنظام العام. كما أن علاقة الشخص بأسرته

(١) Medical Law, Ian Kennedy and Andrew Grubb. P.712

(٢) جاكولين دافيشي: المرجع السابق، ج ٣٥، ١٩٩٢ - ٢ ص ١٤٤.

وماله من حقوق وما عليه من واجبات يعتبر من النظام العام والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعد أيضاً من النظام العام والآداب.

هذا وقد أعلنت الحكومة الهولندية عام ١٩٨٨م أن عملية تأجير الأرحام غير مرغوب فيها، وأنه لاوجه لتنظيمها أو الرقابة علي تنفيذها؛ لأن ذلك يعني الاعتراف بها والتشجيع عليها وحذرت الأطباء من الالتجاء إليها^(١).

(هـ) الولايات الأمريكية التي حظرت من استخدام الأرحام لصالح الغير :-

من الولايات التي لا يسمح لها بمزاولة تأجير الأرحام أن مقاطعة كولومبيا وأحدى عشر ولاية تحظر اتفاقات استئجار الأرحام في كل أو بعض الحالات، إن مقاطعات "كولومبيا وفلوريدا" تحظر استئجار الأرحام لجميع الأفراد الغير متزوجين، "ولايتي إنديانا ولويسيانا" تمنع تأجير الأرحام التقليدية؛ "ولايتي نبراسكا ومتشجن" تمنع اتفاق تأجير الأرحام بالمقابل المادي، نيفادا تمنع تأجير الأرحام للأفراد الغير متزوجين. "ولايات نيويورك ونورث داكوتا وتيكساس" تمنع تأجير الأرحام لجميع الأفراد الغير متزوجين وكذلك ولايات يوتاه وفيرجينيا.

أما باقى الأربع وثلاثين ولاية فلديها قوانين مختلفة وغير واضحة أو أحكام في دعاوى قضائية ما إذا كان يسمح لاتفاقات تأجير الأرحام بتلك الولايات^(٢).

(١) المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، د/ محمد عبد الوهاب الخولي، ص ١٠٢.

(٢) (اجع قوانين الولاية على الموقع الاتي)

www.Hec.org Or <http://www.allaboutsurgacy.com/surrogacglaws.htm>

- قانون ولاية كولومبيا/ ولاية إنديانا/ ولاية متشجن لتأجير الأرحام: كل اتفاقات تأجير الأرحام وبغض النظر على التوجه الجنسي للأفراد المعنين محظورة بواسطة قوانين ولاية كولومبيا.
- قانون ولاية جورجيا/ وولاية هاواي/ ولاية ماين/ ولاية يومنج/ ولاية ثارث دوكاتا/ مونتانا/ ولاية ميسيسبي لتأجير الأرحام :-
- من غير الواضح كيفية أن قانون ولاية جورجيا يتعامل مع اتفاق تأجير الأرحام لأنه لا يوجد أحكام قانونية أو قضايا معلنة تتعامل مع مسألة تأجير الأرحام.
- قانون تأجير الأرحام بولاية ألاباما :-

=

إن قانون ولاية الاباما لا يخاطب تأجير الارحام مباشرة. لكن على الأقل فإن محكمة واحدة لديها معرفة واضحة بالحقوق الأبوية للمشاركين الغير بيولوجيين فى اتفاقات تأجير الأرحام

- قانون تأجير الأرحام بولاية الاسكا :-

إن النظام الاساسي بولاية الاسكا يلتزم الصمت فيما يتعلق بتأجير الارحام والحالة القضائية الوحيدة التى أخبر بها تحت هذا الصدد تم الحكم فيها على غير المعطيات الحقيقية للقضية 111

- قانون أستتجار الرحام بولاية أريزونا :-

إن قانون ولاية أريزونا يحرم كلا من اتفاقات تأجير الأرحام التقليدية (والتي بها تكون الرحم المستاجرة هى ايضا الام المساهمة بالبويضة) واتفاقات تأجير الارحام بالانابة (والتي بها تكون الرحم المستاجرة ليست الام المساهمة بالبويضة) ولأن جزءا من هذا التشريع تم إلغائه لعدم دستوريته من قبل محكمة الاستئناف.

- قانون أستتجار الأرحام بولاية كاليفورنيا :

تقبل ولاية كاليفورنيا باتفاقات إستتجار الرحام. فى حين أن الولاية، لا تملك قوانين محددة بشأن تأجير الارحام واستخدمت محاكم كاليفورنيا نموذج ACT للأبوة من أجل تفسير العديد من القضايا فيما يتعلق بحقوق أستتجار الأرحام ، وفى الحقيقة ، واحدة من أكثر القضايا المؤثرة فى البلاد فيما يخص بحقوق أستتجار الارحام تم الحكم فيها فى ولاية كاليفورنيا.(Johnson V. calvert)

- قانون ولاية كونيتيكت لتأجير الأرحام

إن قانون تأجير الأرحام فى كونيتيكت غير محدد ولكنه موجود. حيث ان التشريعات الاساسية للولاية صامته فيما يتعلق بتأجير الأرحام ولكن هناك بعض القضايا التى نظر فيها بخصوص هذا الموضوع بما فى ذلك القضية المتعلقة بالازواج و"يدى الجنس".

- قانون ولاية دلاوار لاستتجار الارحام

فى حين ان قوانين ولاية دلاوار لا تتناول اتفاقات تأجير الارحام ، فإن الأحكام فى محكمة واحدة على الأقل تشير الى أن هذه الاتفاقات تتعارض مع السياسة العامة للولاية.

- قانون ولاية فلوريدا لتأجير الارحام :-

من قانون ولاية فلوريدا يسمح صراحة لكلا من من عقد تأجير الارحام التقليدى او الحمل بالانابة (الام البديلة التى ليست المساهمة البيولوجية للبويضة) ولكنها لا تسمح بهما فى حالات الازواج من نفس الجنس.

- قانون ولاية إيداهو. لتأجير الأرحام :-

لا تخاطب تشريعات ولاية إيداهو إتفاقيات تأجير الارحام. ولكن بعض احكام القضايا المتعلقة بهذا الصدد قد تكون قابلة للتنفيذ فى تلك الولاية.

- قانون ولاية إلينوي لتأجير الأرحام :-

أن قانون ولاية إلينوي يسمح بعقود تأجير الأرحام بالانابة (حيث تكون الام بالانابة ليست المساهمة البيولوجية للبويضة) ولكنه لا يتناول عقود تأجير الأرحام التقليدية (حيث تكون صاحبة الرحم المستاجره هى المساهمة البيولوجية للبويضة)

- قانون ولاية لوتا لتأجير الأرحام :-

اتفاقيات تأجير الأرحام تبدو مقبولة ضمناً في ولاية لواء ، وعلى الرغم من ذلك لا توجد قوانين محددة بشأن هذا الموضوع في تلك الولاية.

- قانون ولاية كانساس لتأجير الأرحام :-

أيضاً لا تبدو واضحة تلك القوانين التي تتعامل بها الولاية مع قضايا تأجير الأرحام ولكن الرأي العام يوضح ان تلك الاتفاقيات غير قابلة للتطبيق في الولاية.

- قانون ولاية كينتوكي لتأجير الأرحام :-

لا توجد قوانين واضحة في الولاية تخاطب تلك القضية ، ولكن هناك اتجاه في المحكمة الدستورية العليا بالولاية ينادى بأهمية الموافقة على عقود تأجير الأرحام الغير مدفوعة الاجر

- قانون ولاية لويزيانا لتأجير الأرحام :-

تمتلك ولاية لويزيانا تشريعات تعتبر اتفاقيات تأجير الأرحام التقليدية المدفوعة الاجر باطلة وغير قابلة للتنفيذ ولكنها لا تخاطب تلك الموضوع في حالة عدم وجود تعويض مادي او في حالة اتفاقيات تأجير الرحم بالأنابة.

- قانون ولاية ماريلاند لتأجير الأرحام :-

بينما لا توجد تشريعات تختص تلك القضايا في ولاية ماريلاند ، تجعل بعض القوانين المتعلقة بتلك القضايا عقود تأجير الأرحام بلا اجر غير قابلة للتطبيق.

- قانون ولاية ماسستشوسيت لتأجير الأرحام :-

لا تملك هذه الولاية اية قوانين تحدد العلاقات بالنسبة لتأجير الأرحام ولكن بعض القضايا تم النظر فيها ببعض القوانين المشابهة.

- قانون ولاية مينيسوتا لتأجير الأرحام :-

إن لمن غير الواضح أن قانون ولاية مينيسوتا يعامل اتفاق تأجير الأرحام حيث لا يوجد أحكام قانونية أو قضايا معلنة تتعامل مع مسألة تأجير الأرحام ومع ذلك يوجد رأي للمحكمة غير منشور وأدلة تشير إلى أن الولاية سوف توافق على تطبيق اتفاقيات تأجير الأرحام.

- قانون ولاية ميسوري لتأجير الأرحام :-

إن قانون ولاية ميسوري لا يتعامل مع قضايا تأجير الأرحام مباشرة ومع ذلك فإنه من الممكن أن يكون هناك انتهاك في قوانين الاتجار بالأطفال فالولاية.

- قانون نبراسكا لتأجير الأرحام :-

إن قانون ولاية نبراسكا يصرح بأن اتفاقيات تأجير الأرحام ذات التعويض باطلة وغير قابلة للتنفيذ ولكم من الممكن أن تطبق بدون التعويض.

- قانون ولاية نيفادا لتأجير الأرحام :-

إن قانون ولاية نيفادا يسمح صراحة للمتزوجين في الدخول في اتفاقيات لتأجير الأرحام. ولكن التشريعات المحلية طرحت بعض الاسئلة بخصوص احتمالية تدخل الشواذ ومزدوجي الجنس والمختلئين في تلك الاتفاقيات القابلة للتطبيق.

- قانون ولاية هامبشير / بولاية اركانساس / ولاية فيرمونت لتأجير الأرحام :-

أن القانون الجديد لولاية هامبشير يسمح بعقود تأجير الأرحام.

- قانون ولاية نيوجيرسي لتأجير الأرحام :-

إن قانون ولاية نيوجيرسي يسمح فقط باتفاقيات تأجير الأرحام بالأنابة (والتي بها تكون الام البديلة ليست المساهمة البيولوجية للبويضة)

- قانون ولاية نيوميكسيكو / ولاية اوريجون / ولاية واشنطن لتأجير الأرحام :-
يعتبر قانون ولاية نيوميكسيكو بأنه فقط يسمح باتفاقات تأجير الأرحام الغير تعويضية.
- قانون ولاية نيويورك لتأجير الأرحام :-
كل اتفاقات إستئجار الرحام بعض النظر عن التوجهات الجنسية للأفراد المعنيين باطلة وغير قابلة للتنفيذ بموجب قانون ولاية نيويورك
- قانون ولاية نورث كارولينا لتأجير الأرحام :-
إن ولاية نورث كارولينا ليس بها قوانين مباشرة بخصوص تأجير الأرحام. ومع ذلك فقد ظهرت بعض القوانين التي تسمح باتفاقيات تأجير الأرحام الغير مدفوعة الأجر.
- قانون ولاية أوهايو لتأجير الرحام :-
إن قانون ولاية أوهايو لأستئجار الأرحام غير واضح. ومع ذلك فإن العديد من قرارات المحاكم تدل على شرعية اتفاقيات تأجير الأرحام بالولاية.
- قانون ولاية نورث دوكاتا لأستئجار الأرحام :-
بحسب قانون ولاية نورث دوكاتا فإن اتفاقات إستئجار الأرحام التقليدية (والتي تكون الام بالانابة هي المساهمة البيولوجية للبويضة) غير مشروعة وغير قابلة للتنفيذ ولكن اتفاقات إستئجار الأرحام البديلة (والتي بها تكون الام بالانابة ليست المساهمة البيولوجية بالبويضة) قانونية وقابلة للتنفيذ.
- قانون ولاية كولورادو :-
لا يوجد بولاية كولورادو قوانين تتعامل مباشرة مع قضية تأجير الأرحام.
- قانون ولاية اوكلاهوما لأستئجار الأرحام :-
ليس لولاية اوكلاهوما تشريع قانوني يتعامل مباشرة مع قضية إستئجار الأرحام ولكن دل رأى المدعى العام على أن اتفاقات إستئجار الأرحام التعويضية تعتبر غير مشروعة لتعارضها حيثذا مع قضية الإتجار بالأطفال. ومع ذلك فإن الاتفاقات الغير تعويضية مسموح بها.
- قانون ولاية بن سيلفينيا لأستئجار الأرحام
إن قانون ولاية بن سيلفينيا لأستئجار الأرحام مبهم. حيث يبدو أن اتفاقات إستئجار الأرحام التعويضية تعتبر غير قابلة للتنفيذ ومع ذلك. فإن بعض الترتيبات وضعت من خلال منظمة معروفة قانونيا تبدو أنها شرعية ا.
- قانون ولاية رود أيلاند / ولاية ثاوث كارولينا لأستئجار الرحام :-
إن قانون ولاية رود أيلاند لا يخاطب إستئجار الرحام مباشرة ولكن يبدو أنه صدق على الأقل على بعض أشكال إستئجار الأرحام.
- قانون ولاية تينيسى لتأجير الأرحام :-
أعطى قانون ولاية تينيسى وجهة قانونية لقضية إستئجار الأرحام ولكنه ايضا لم يدعو لا بالاعتراف بالقضية ولا بحظرها .
- قانون ولاية تكساس لتأجير الأرحام :-
سمح قانون ولاية تكساس صراحة باتفاقيات تأجير الأرحام بالانابة حيث لا تكون الرحام المؤجرة هي المساهمة البيولوجية بالبويضة . ولكنه حظرها على الأزواج من نفس الجنس.
- قانون ولاية يوتا لأستئجار الأرحام :-

ومن الولايات التي عارضت هذه الوسيلة كما سبق وأن ذكرنا "أنديانا، نيوجرسي، لويزيانا، فلوريدا وحجة هذه الولايات في مسألة الحظر أن المرأة شخص له ذاتيته وكرامته وأنه ليس كوعاء للإنجاب هذا بالإضافة إلى مخاطر هذه العملية على صحة المرأة نفسها وخاصة أن النساء اللاتي يملن إلى هذه الطريقة من طبقات المجتمع الفقيرة^(١).

(و) موقف الفقه القانوني المصري:

بالرغم من أهمية دور القانون المصري في الحفاظ علي البنيان الطبيعي للأسرة وكذلك التنظيم الاجتماعي للعلاقة الجنسية التي تعد الوسيلة الوحيدة للزواج الذي يعتبر النواة الأولى لتكوين الأسرة وما يتمثل فيها من قيم أخلاقية وهذا لضمان صيغ الحماية المطلوبة لتنمية المجتمع وهذا لن يتحقق إلا بتطبيق نصوص الدستور الخاص باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للقانون المصري^(٢).

سمح قانون ولاية يوتاه صراحة باتفاقيات تأجير الأرحام بالأنابة حيث لا تكون الرحم المؤجرة هي المساهمة البيولوجية بالبويضة، ولكنه حظرها على الأزواج من نفس الجنس.

- قانون ولاية فيرجينيا لاستئجار الأرحام :
سمح قانون ولاية فيرجينيا صراحة باتفاقيات تأجير الأرحام بالأنابة حيث لا تكون الرحم المؤجرة هي المساهمة البيولوجية بالبويضة، ولكنه حظرها على الأزواج من نفس الجنس.

- قانون ولاية وسكونسن / وست فيرجينيا لاستئجار الأرحام :
لا يوجد بالولايتين قانون يعتني مباشرة بقضية تأجير الأرحام ولكن هناك أكثر من محكمة أقرت بالحقوق الأبوية لأحد الأباء ليس لا علاقة جينية بطفله في ولاية وسكونسن

(١) (راجع رويلين دفيشي الام البديلة النوع الأول والثاني - منشور في دورية C. F. E. E. S - رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٢ - ١ - ص ١٥٢)

(٢) نقلنا في صدر هذه الدراسة نصوص المواد ٢، ٩، ١٢ من الدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ وهي ينص الدستور المصري في مادته الثانية علي أن: "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع". وتنص المادة التاسعة من الدستور نفسه علي أن: "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية".

وتنص على المادة الثانية عشرة من الدستور علي أن: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة وذلك في حدود القانون".

إلا انه يؤخذ على المشرع المصري تقاعسه فى حماية العلاقات الجنسية من أية ممارسة غير مشروعة حيث أن حمايته اقتصر على منع الممارسات غير المشروعة التي تتم ضد أرادة المجني عليه دون إرادته. ومن ثم فإنه ينحصر نطاق التجريم في ظل القانون المصري في الأفعال التي تعد اعتداء على الحرية الجنسية وهي الأفعال التي ترتكب دون رضا صحيح قانونا من المجني عليه أو التي تعد اعتداء على تنظيم اجتماعي أو على الحقوق التي يربتها هذا التنظيم لأطراف العلاقات التي تحكمها قواعده القانونية^(١). وبالتالي غياب دوره بخصوص تطبيق النصوص القانونية بشأن علاج المستحدثات الناتجة من جراء بعض الانعكاسات الطبية الحديثة المتعلقة بالأسرة. وعلى سبيل المثال جريمة إنجاب طفل بوسيلة استخدام الأرحام حتى أقر مجلس الشعب المصري القانون الخاص بنقل وزراعة الأعضاء البشرية رقم "٥" لسنة ٢٠١٠، وبهدف مكافحة الاتجار^(٢) إلا إننا لنا بعض التحفظات على تلك القانون سالف الذكر التى سوف نتطرق إليها فى المطلب الثالث من الباب الاول إن - شاء الله تعالى - .

وعلى أي حال فإن النوازل الطبية المستحدثة تحتاج إلى نصوص قانونية مرنة وفى نفس الوقت تكون رادعة تتلاءم وتتماشى مع التقدم العلمي ، وخير مثال القضايا المتعلقة بالرحم المستأجر تدخل ضمن المسائل الاجتهادية التي لم تناولها أدلة خاصة بها ، لأنها مسائل ونوازل مستحدثة ، وهي وليدة التقدم العلمي والاكتشافات المعاصرة وعلى اثر هذه الاجتهادات ذهب بعض من الفقه المصري إلى أن محل عقد الرحم المستأجر يشوبه البطلان المطلق ، ويرجع ذلك من وجهة نظر هذا الفقه لما يمثله هذا العقد من المساس المرأة الحامل مساسا جسيما. ذلك أن وضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير لا يجوز إلا في سبيل الاستثناء كعقد العمل والمساس به في التجارب العلاجية^(٣).

(١) محمود نجيب حسني ، ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الإعتداء على الأشخاص ، ، القاهرة ١٩٧٨ رقم ٣٣٤ ص ٣٣٠

(٢) لمزيد الى التفصيل مشار إليه فى موقف القانون المصري ن نقل عضو الرحم من ذات الكتاب.

(٣) د/ محمد المرسي زهرة ، الإنجاب الصناعي ، جامعة عين شمس ١٩٩٠ ، المرجع السابق ، ص ٤٠٩ .

ولا يخفى ما يؤدي إليه نظام الحمل البديل من تصوير الأم الحامل علي أنها مجرد وعاء أداة لصنع الطفل فالتصرف لا يرد علي جسد المرأة الحامل وحدها بل يرد أيضاً علي الطفل فقد يتعرض هذا الطفل لعدة مخاطر نتيجة استيلاده بطريق التشيت ما بين امرأتين

كما ذهب بعض من الفقه المصري إلى وصف ركن المحل في عقد الرحم البديل أنه تقديم رحم خالياً وظاهراً فلا مناص من أن يكون الرحم غير مشغول بحمل وجهازها التناسلي طاهراً من كل معوقات الحمل بأن تكون غير نفساء أو حائض^(١).

- ولقد ذهب البعض إلى أن عقد ايجار الارحام يبطل لعدم مشروعية السبب بالرغم من أن محل الالتزام في ذاته مشروع ؛ حيث يتمثل السبب في عقد ايجار الرحم عند هذا الاتجاه في الحصول علي المولود ونسبته الي غير امه الحقيقية فهو دون شك سبب غير مشروع ؛ لأن أحكام النسب تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق علي تعديل أحكامها ونسبة المولود لغير أمه الحقيقة ، وهي الأم التي لا يمكننا التسليم ببطلان عقد الرحم البديل تأسيساً علي بطلان محله الذي صورته الاتجاه السابق بكونه محلاً مزدوجاً فجعل بذلك من المرأة والطفل محلاً لعقد الرحم البديل ثم تراه يحدد مبنى البطلان في المساس الذي يتصف بالخطورة ويتعلق بجسد الحامل ، وكذلك الأخطار المحدقة التي يحتمل تعرض الطفل لها بمعنى أن الخطورة الجسيمة التي تنصب علي محل عقد الرحم البديل من الأم والطفل تبطل عقد الأمومة البديلة من الأصل. كما لا يمكننا قبول اقتصار التزامات الحامل التي ترتبها فكرة الرحم البديل علي تقديم رحم خال وطاهر.

نرى أن السبب الدافع إلي تعاقد الزوجين مع الحامل البديلة هو الرغبة في الحصول علي الولد وهي رغبة في حد ذاتها مشروعة ، وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل التزام الحامل البديلة بتسليم الطفل عقب ولادته لأبويه

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد ، أحكام الأم البديلة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤١٦ ، ص ١٢٦.

الوراثيين ، وتجاهل وضع الام بالرحم لأن القانون المصري قد أخذ بواقعتي الحمل والولادة كمعيار لثبوت نسب الطفل جهة أمه كقاعدة وتسليم الطفل إلى أمه الوراثة ، وذلك يشكل مساساً بحالة الطفل المدنية نتيجة احتمال فقد الانتساب لإحدى المرأتين أو فقد الانتساب كذلك للأب الوراثي مع الوضع في الاعتبار عمق الانتماء وقوة العلاقة ناحية كل من الأم الجينية والأم التي حملت ووضعت.

المبحث الثالث

موقف الفقه والقضاء من إستخدام الأرحام

..... في ظل التقدم العلمي في مجال الإنجاب الصناعي والذي نتج عنه ظاهرة التعامل على الأرحام فقد ظهر واضحا جهود الفقهاء في المجال القضائي والاجتماعي المؤيد لكل وسيلة تؤدي إلى قهر العقم الذي قد يسبب مشاكل عميقة للفرد والمجتمع ، وإن من شأن حظر هذه الوسيلة المشروعة أن يتجه الأفراد إلى ممارسة ما هو اخطر وأسوأ منها مما هو غير مشروع في الاصل ، فقد لا يجد الأطراف حلا لمشكلتهم الإنجابية غير الاتفاق على وضع النطفة الذكرية لزوج المرأة البيولوجية العقيم للمرأة الحامل صاحبة الرحم المستأجر ومن منطلق ذلك ، وسنعرض لموقف بعض التشريعات المقارنة والتي اهتمت بتنظيم هذه الوسيلة محل البحث على أن نقوم بعرض لموقف الفقه والقضاء المؤيد والمعارض للإجراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام.

المطلب الاول

موقف الفقه من إستخدام الأرحام

الفرع الاول

موقف الفقه الفرنسي المؤيد لإستخدام الرحم

١- أسانيد الاتجاه المؤيد لهذه الوسيلة:-

يرى مؤيدو هذا الاتجاه في الوسيلة محل هذا الكتاب أنها الطريقة المثالية لإنجاب طفل من أبوين عقيمين ، وحل مشكلة العقم في ظل التقدم الطبى طريق بيان الحجج القانونية التي اعتمد عليها المؤيدون من الفقه الفرنسي لوسيلة استئجار الأرحام. فقد اتجه الفقه الفرنسي إلى إجازة وسيلة استئجار الأرحام في

ظل الجوه العام المتصف بالتححرر تجاه حق الزوجين الطبيعي في الإنجاب فلا شك أن حق الزوجين السابق كان مسيطرًا علي عقيدة هذا الفقه عند تناوله للمسائل المطروحة عليه والمتعلقة بنشاط هذه الوسيلة خاصة مع وجود بنوك النطف الإنسانية بشكل مشروع دون اعتراض عليه وممارسة أنشطة الإنجاب الصناعي وأطفال الأنابيب دون ممانعة من أحد كل ذلك كان من الدوافع التي قادت الفقه المؤيد أن يسلك اتجاه التأيد والدفاع عن الإنجاب بوسيلة استئجار الأرحام.

لذلك اهتمت التشريعات المقارنة بوصف هذه الوسيلة بكونها غير مخالفة للواقع وبالتالي لا يجد الأشخاص حلاً لمشكلتهم الإنجابية غير الاتفاق علي موافقة زوج المرأة البيولوجية العقيم للمرأة الحامل نيابة عنها^(١).

والدليل على ذلك ورود هذه الوسيلة وتطبيقها قديماً في العقائد الدينية والتاريخية والإقرار بمشروعيتها فلما إذا الادعاء بمخالفته للأداب والأخلاق^(٢).

ومن هذا يتضح من وجهة نظر مؤيدي الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام أنه لا يمكن إدانة هذه الوسيلة بحجة أنها مخالفة للأداب والأخلاق العامة.

كما يرون مؤيدي هذا الاتجاه أن الحمل بالإيجار ليس تعدياً على حرمة الجسد الإنساني بل هو اتفاق يتم بين أطراف العلاقة المؤدية إلى إنجاب الطفل بطريقة تأجير الرحم، محاولين ترجيح وسيلة الحمل بهذه الطريقة عن كافة التصرفات التي قد ترد على جسد الإنسان وخاصة في ظل ما نحن عليه الآن من التقدم في المجالات العلمية.

فلم يعد مبدأ حظر المساس بجسد الإنسان يتمتع بالثبات والإطلاق السابق، فلقد نال هذا المبدأ العديد من الاستثناءات التي يكاد معها الإطاحة بالمبدأ من الأصل، وذلك بالنظر إلى عمق التداخلات الطبية التي عبث بهذا الجسد وقللت من شأن حرمة يعينها علي ذلك ويدفعها لكثرة التوغل فيه الإجازة التشريعية والتوجه الاجتماعي تجاه تأييد كافة أوجه المساس بهذا الجسد

Atais, OP.Cit, P.46.

(١)

Atais, OP.Cit, P.46. "Assistance medicale a la procreation: "LA CREATION, REVUE ET CORRIGEE PAR L'HOMME", Juin 2001.

(٢)

لدوافع إنسانية يظهر ذلك بجلاء في سن التشريعات الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء^(١).

يرى أصحاب هذا الاتجاه تطبيق عناصر حالة المدنية للطفل الناتج من وسيلة الحمل بالرحم المستأجر على أساس ليس من العدل اتهام الأمومة بالرحم بمخالفتها لمبدأ حظر التصرف في حالة الأشخاص وقانون التبني، لأنها علي العكس من ذلك تؤدي إلى تثبيت عناصر حالة الطفل المدنية تعد الحالة المدنية من العلامات التي تميز شخصية الإنسان منذ بدايتها وإلى نهايتها وتظل هذه الحالة ملازمة للفرد؛ كي يتميز بها عن غيره من الأفراد، لأنها بعناصرها المحددة تحول دون الخلط أو اللبس بين الفرد وغيره من أفراد المجتمع لذا فإن الحالة المدنية تعكس بذلك الصورة الحقيقية والحالة الواقعية لصاحبها

وبما أن الأم بالرحم ليست هي الأم الحقيقية للطفل، فهي كالأم بالرضاعة يتغذى الطفل من خلال الغذاء الذي يسري في جسدها ثم تعيده إلى أمه البيولوجية التي هي بحق أمه الحقيقية. ولو كانت الأم بالرحم هي الأم الطبيعية للطفل لما تنازلت عنه مقدما من أجل أغراض مادية بعيدة كل البعد عن فكرة الأمومة الحقيقية^(٢).

- تقييم الباحث:

- مخالفة الأمومة البديلة لقانون التبني في فرنسا هو أمر غير مقبول للقول بعدم مشروعيتها، فلا يجوز أن نعلق عدم المشروعية لمجرد مخالفتها لقانون التبني في فرنسا، كما لا يجوز أن نخضع لقوانين تتصف بالجمود تتحكم في تحقيق رغباتنا الإنجابية، خاصة أن المبدأ الذي نص عليه الشارع الفرنسي من إجازة وتنظيم موضوع التبني هو تعويض الطفل المحروم من التمتع بالحياة الأسرية، وذلك بالسماح بتبنيه من أسرة تكفل له المعيشة الآمنة في جو من السعادة والاستقرار، وهذا ما هو متحقق بالفعل في الأمومة بالإنابة، حيث تنازلت أمه

(١) د/ كارم السيد غنيم، الإستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء - الطبعة الأولى - دار الفكر العربي - بيروت - ١٩٩٨م.

(٢) Geller (cacha) "Meres porteuses, oui ou non", Frison roche, 1991,p.101 et s.

بالإنابة عن أمومتها لغيرها، كما يتم التنازل عن الأطفال بالتبني لغيرهم فلم السماح بالتبني إذن ومعارضة الأمومة بالإنابة التي يفوق الأمر فيها مسألة التبني من ناحية ثبوت العلاقة البيولوجية بين الأم والأب أصحاب المواد الوراثية التي غرست في رحم المستأجر وبين الطفل المتخلف منها^(١).

- كما نرى أن هذا الفقه قد أخفق عندما أستند على العقائد الدينية المتمثلة في موقف السيدة سارة زوج الخليل إبراهيم قياسا بدور الأم البيولوجية في عملية الرحم المستأجر لأن هذا قياسا مع الفارق فالأولى قدمت لزوجها جاريته هاجر، وما يدرينا نحن اليوم عما إذا كانت هذه الزيجة كزواج الزوج على زوجته الأولى أى جاء بضرة طلبا في الإنجاب وبناء على رغبة السيدة سارة الزوجة الأولى، فلا يجوز تشبيه دور السيدة هاجر زوجة سيدنا إبراهيم عليه السلام بدور صاحبة الرحم المستأجر، لأن هذه الطريق، كانت غير معهودة في ذلك الوقت، هذا بالإضافة إلى أنه لا يوجد وجه مقارنة بين العلاقتين أما في الصورة الثانية فالزوجة قدمت بويضتها التي خصبت بنطفة زوجها، فالحالة الأولى لا يوجد بها حرمة أما الثانية ففيها حرمة شرعا وقانونا وذلك لمخالفتها للأخلاق والآداب العامة وكذلك النظام العام.

- لو سلمنا جدلا على حد قول الرأي المؤيد لهذه العملية أن مبدأ حظر المساس بجسد الإنسان لم يعد بالثبات والإطلاق السابق، هذا لا يعنى أن نزيد العلة التي تقل من هذا الحظر بإنجاب أطفال عن طريق الأمومة المشتتة الأمر الذي يستلزم تحاشي التعامل بهذه الوسيلة، وذلك لمخالفتها للقواعد الاجتماعية والأخلاقية وما يترتب عليها من آثار قانونية ومشاكل قضائية تزعزع الكيان العام.

- فلماذا نسلم بتميز نظام الأم البديلة على نظام الأسرة البديلة كما يقول أصحاب الرأي المؤيد لتأجير الأرحام كذلك لا يتساوى تنازل الأم البديلة عن أمومتها لغيرها، كما يتم التنازل عن الأطفال بالتبني لغيرهم فلو دققنا النظر في مصلحة الطفل لوجدنا الطفل في حالة التبني رغم أن التبني محرم شرعا

(١) أنظر في كافة المشكلات الأخلاقية للأمومة بالإنابة التي دفعت المشرع الفرنسي إلى عدم الأخذ بها كوسيلة استثنائية للإنجاب.

أصلح حالا من الطفل فى حالة الأمومة البديلة من حيث الطفل فى حالة الأم بالرحم ، يكون فى حالة من التشتت أمام أم بالرحم وأم بيولوجية مما ينعكس على وجوده فى حياه غير مستقره ، أما طفل التبني فهو أقل إشكالا لأنه أما يكون مجهول الأبوين أو كانا معروفين بالنسبة له ، فهذا لن يعد إشكالا له بعكس ما إدعاه أصحاب الرأي المؤيد لوسيلة الإنجاب بطريقة تأجير الأرحام.

٢- تكييف عمليات تأجير الأرحام على فكرة التضامن الاجتماعى:

ليس من الصحيح الادعاء باباحة عملية تأجير الأرحام استنادا إلى فكرة التضامن الانساني غير منطقي ؛ لأنها فكرة غامضة وخطيرة لما قد يترتب عليها من آثار مستقبلية تخلخل وتزعزع المجتمع ، حيث أن آثارها لا تنصرف على أطراف العلاقة الممارسة لهذه العملية فحسب بل تنصرف إلى المجتمع بأكمله وتؤدي إلى الفوضى فى الصحة العامة ، ولاسيما فى المجتمعات الفقيرة ، وأن ما قيل عن النفع الاجتماعى فهو قول مرفوض ، لأنه يتجاهل التقدير الشخصى الذى يجب أن يحمله كل منا لذاته". ونؤيد أصحاب الفكر المعارض لهذه العملية ؛ لأنه شتان بين التضامن الاجتماعى وبين المساعدة الإنجابية لخلق طفل بغير الطريق الفطرى الذى رسمه الله - جل شأنه - لعباده.

ويهدف التضامن الاجتماعى للفريزة الجنسية إلى تحقيق غرضين . هما توجيه الفريزة الجنسية إلى غرضها الاجتماعى باعتبارها باعث على الزواج ثم على إنشاء الاسرة التى هي نواة المجتمع وأداته للبقاء والنماء وتفادي شيوع الرغبة الجنسية الغير شرعية التى تحمل معها الفساد الخلقي والانحلال الاجتماعى وما لا يحصى من الأمراض النفسية والبدنية^(١).

لا جدال فى أن ممارسة عملية تأجير الأرحام قد تؤدي إلى نتيجة تفوق الاعتبار الذى أدى إلى ممارستها إلا وهو انهيار قيمة الإنسان وتضامنه مع المجتمع واستغلال تلك العمليات بخلق نوع من الطبقة ومفاضلة حياة شخص على آخر ، ولاسيما إذا كان الشخص الذى يحتاج للطفل شخصية سياسية أو

(١) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، جرائم الإعتداء على الأشخاص ، القاهرة ١٩٧٨ ، رقم ٣٣٣ ص ٣٢٨.

اجتماعية مرموقة علاوة علي فتح باب التفجير من الجراحين للمرضى وأفهامهم علي غير الواقع بسهولة العملية وعدم نيلهم أي ضرر بصددتها وانصراف الأطباء تحت شهوة الانتصار العلمي إلى استغلال الفقر.

وتطبيقاً لما سبق نجد أن في عملية الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام ، يجب النظر فيها إلى المصلحة الاجتماعية علي مستوي أطراف العلاقة وليس علي مستوي مصلحة شخص واحد.

فالقواعد القانونية ما هي إلا محصلة لتفاعل التصرفات الاجتماعية المعتمدة على الأحوال المادية وذلك مع مراعاة عدم الانسياق وراء هذا التطور المستحدث بوجوب التحفظ في حظرها ، وذلك حتى يتم الحد من ممارستها.

٣- مجافاة عملية تأجير الأرحام لنصوص الدستور المصري: .

هناك بعض من المشكلات العلمية التي تطفو دائماً على السطح من حين لآخر ، وقد تؤثر في حياة الفرد والمجتمع ناهيك مما قد تتركه من آثار سلبية على جيل بأكمله لذلك نرى أن عملية تأجير الأرحام يمكن أن تصنف من المشاكل سالفة الذكر وبالتالي تعد من الجرائم المضرة بالأسرة.

ويجب علي المشرع في تقديرنا عندما يرى أن غريزة الأمومة تتحول إلى تجارة مربحة مما تعد عملية تأجير الأرحام اعتداء علي التنظيم الاجتماعي للحياة الجنسية أو ما يسميه الباحثون الغربيون: "الأخلاق الجنسية"^(١) SEXUAL MORALITY. أن يبادر إلى تعديل قوانينه واستبدالها بقوانين رادعة لسبغ الحماية في تغيير أساس خطته التشريعية سالفة البيان إلى أساس متسق مع العرف الاجتماعي المصري.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن علة التجريم في هذه العملية هي عدم توافر صلة قانونية من أي نوع بين أطراف العملية بخصوص العلاقة الجنسية ، ولا فرق في ذلك بين الأفعال المتنوعة التي يعد أي منها نشاطاً جنسياً محظوراً.

ومن ثم يجب أن ينحصر نطاق التجريم في خلال نصوص الدستور المصري في الأفعال التي تعد إعتداء علي الحياة الجنسية ، وهي الأفعال التي

Hart, Law, Liberty and Morality, P.5.

(١)

ترتكب دون الطريقة الطبيعية التي رسمها - الله جل شأنه - أي بالتحايل - من خلال استخدام النوازل والمستحدثات الطبية دون الاعتبار أو النظر إلى النتائج المهمة في الموضوع بالنسبة لهم تحقيق الرغبة أو الشهوة الجامحة التي تعد إعتداء على التنظيم اجتماعي أو على الحقوق التي يربتها هذا التنظيم لأطراف العلاقات، فإذا كان المشرع قد وضع ضمانات دستورية للابن غير الشرعي فيجب من باب ادعى تطبيق هذه الضمانات على ابن الرحم.

- فينبغي على المشرع المصري عند وضعه لنصوص دستور القانون الخاصة المنظمه بالمستحدثات الطبية الحديثة في مجال الإنجاب مراعاة تقييد حرية العلاقات الجنسية التي تتم خارج إطار عقد الزواج حتى لا نكون كنموذج مقررأسوة بالغرب

- يجدر الإشارة هنا إلى أن عدم وجود سوابق قضائية في مجال الإخصاب المساعد وخاصة الوسائل غير العادية أو الغير مؤلوفة، الأمر الذي سبب تاخر نظر القانوني للوقوف على مدى شرعية أو عدم شرعية التدخل الطبي بالاستعانة إلى النوازل الطبية المستحدثة، ولم يكن ليثير مشكلات كبيرة لكون هذا التدخل في النطاق المألوف من المساعدة الطبية كما في سائر مجالاتها.

- فكان ينطبق عليه من القواعد القانونية والشرعية والأخلاقية ما يطبق عليها وخاصة فيما يتعلق بمسئولية الطبيب ودوره والحدود المسموح بها له عادة بتحمل المجازفة أو المخاطرة RISK فيما يقوم به من علاج أو تجارب أو تدخلات جراحية مع الأخذ بنظر الاعتبار دائماً أن التعامل فيما له مساس بالكائن البشري وسلامته أو حرته استوجب دائماً حذر القانوني وحرصه، حيث جرد له القانون قواعد خاصة ليست بالضرورة متأقلمة مع القواعد القانونية الأخرى ولكن يكفي أنها متماشية مع العرف والأخلاق التي تجمع بين قواعد العرف والمثل التي ينبغي أن نكون عليها وبين الأخلاق من الناحية النظرية النظرية وعندما نقول أن المصلحة غاية خلقية نقصد بذلك أن نضع مبدءاً كلياً وعاماً وشاملاً ينبغي أن نكون عليه حياة الأفراد أي أنه المصلحة بالنسبة لبعض الأشخاص تستدعي أن يلجأوا إلى إجراء عملية؟ استخدام الرحم لصالح الغير، ولكن وكما سبق أن ذكرنا أن هذه المصلحة منتفاه لتنافيها مع المعنى المقصود بكلمة الأخلاق التي

تشكل وتبلور في صورة مجموعة من الغايات والأحكام والعواطف والعادات التي تتصل بحقوق الناس وواجباتهم بعضهم تجاه البعض وينبغي أن نعلم أن العرف لا يقوم علي أهواء الأشخاص وإنما هو أخلاق موجودة أصلا وتفرض نفسها علي المجتمع ولا تسمح له بأن يشك في موضوعيتها.

الفرع الثاني .

موقف الفقه الفرنسي المعارض لعمليات إستخدام الأرحام .

اعتمد أصحاب هذا الاتجاه في معارضتهم لهذه التقنية على نصوص بعض المواد القانونية الوارد في قانون العقوبات ومن ثم فسوف نقوم بعرض تلك النصوص لتبني وجهة النظر:

فالمادة ٦/٤٠ عقوبات فرنسي تعاقب كل من قام بفعل التزوير في السجلات الرسمية المتعلقة بحالة الأشخاص المدنية. والمادة ١/١٠٠ ع. ف تحظر أي عمل من أعمال التوسط في مجال التبني إلا بصدر ترخيص من الجهة المختصة وإلا تعرض المخالف إلى العقاب والمادة ١/٣٣٤ ، ٦ ع. ف والتي تقرر عقاب كل من يتوسط أو يساعد أو يتستر في مجال الدعارة والفجور والمادة ٤/٣٤٥ تقضي بعقوبة السجن مع الشغل من خمس إلى عشر سنوات لكل من ينسب طفل إلي امرأة لم يتولد من خلالها أما المادة ١/٣٥٣ عقوبات فرنسي فأنها تعاقب بالحبس والغرامة بالحبس من عشرة أيام إلى ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن ٥٠٠ فرنك ولا تزيد عن ٢٠ ألف فرنك كل من يقدم بنية الكسب علي أحد الأفعال الآتية: تخريض أحد الوالدين أو كليهما علي التنازل عن الطفل الذي ولد لهما أو الذي سيولد بنية الكسب أو كل من يتوسط في عملية تبني طفل أو كل يحصل أو يجوز أو يستعمل موافقة الوالدين وبأي شكل علي التنازل عن ما يولد لهما من أطفال والأمومة بالإجابة يتحقق بها من وجهة نظر الفقه السابق كافة المخالفات الجنائية السابقة^(١).

كما أن الفقه الفرنسي ذهب إلى أن هبة الحمل الذي تمارسه الأم الحامل عن غيرها يعد استغلالا غير أخلاقي لجسدها فالأمر يتجسد إذن في استعارة

J.L.Baudouin et C.L.Riou,op.cit, p.113 et s.

(١)

جسم المرأة واستغلاله لتحقيق مصالح الغير حتى يتحول الأمر إلى نوع من أنواع الاستثمار التجاري لجسد المرأة مقابل مبالغ مالية، مما يجعل الأمر شبيها بالدعارة أن لم يكن مجسدا لشكل من أشكال العبودية. كما أن نظام الحمل البديل يؤدي إلى اعتبار الأم الحامل مجرد أداة أو وعاء للحمل ليس أكثر ويهمل بذلك أمومتها الدالة على إنسانيتها وتتحول الوسيلة في الشكل النهائي لها إلى ما يشبه عارية الاستهلاك^(١).

هذا وقد رجح مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٨٨ "حكم المحكمة الإدارية باستراسبورج لسنة ١٩٨٦ بشأن جمعية "cigognes.les" المتخصصة في أنشطة الوساطة للأمهات بالإجابة^(٢).

١- نظرية السبب الغير مشروع كأساس لحظر عمليات استخدام الأرحام لصالح الغير:
بادئ ذي بدء لابد من معرفة المقصود بالسبب غير المشروع وهو السبب الذي يجرمه القانون لتعارضه مع النظام العام أو الآداب.

لذلك فقد بات لازما أن نظهر هذا البحث عند الفقه القانوني في تلك المسألة. وبالرجوع إلى نصوص مواد القانون الفرنسي نجد أن:

١- المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي التي تبطل كل اتفاق ينطوي على مخالفة للقانون التي تتعلق بالنظام العام والآداب.

٢- (المادة رقم ١١٢٨) التي تقرر أنه لا يمكن أن يكون محلا لتفاق مشروع إلا الأشياء التي تدخل في المعاملات.

٣- (المادة ١١٣١) اللتان تؤديان إلى بطلان الالتزام الذي يكون سببه غير مشروع. وانطلاقا مما سبق يتبين لنا أن نصوص مواد القانون السابق ذكرها تتعلق بقابلية المحل للتعامل فيه، فالشيء غير قابل للتعامل فيه لا يصلح لأن يكون محلا للالتزام^(٣).

(١) M.Harichaux, le corps objet, in Bioethique et Droit, op. cit.,p.143.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي 17 - juin - de sttasbouyg 3ch - trip Admin.

(٣) د/ حسام الاهواني المشاكل القانونية التي تثيرها زرع الاعضاء البشرية ص ٣٧
فالسبب إذا في العقود التبادلية هو المقابل الذي يطلبه الملتزم. وهو كذلك المصلحة القانونية التي تحت نظر المتعاقدين والتي توجه أرائها وهذه المصلحة يجب أن تكون =

وقد تبين لنا أن السبب غير المشروع هو المخالف للنظام العام أو الآداب ، وبالتالي يكون غير مباح أو محظور كما لو كان الشيء الذي تعهد به الملتزم غير مشروع أو خارجاً عن التعامل أو لا يسمح القانون بالتصرف فيه كالجسد الإنساني^(١) وتطبيقاً على ذلك عضو الرحم الأنثوي الذي أشبه أن يكون سلعة متبادلة

ورغم ذلك لا يمكن القول بعدم مشروعية الاتفاقات التي ترد علي الرحم علي أساس استحالة المحل ؛ لأن هناك استثناءات قد تطرأ عليه كاستئصال لوجود مرض يهدد صاحبه أو إجراء عملية جراحية به عند إصابته أو كالحالة التي أجزناها في موضوع بحثنا.

فالجسد أصبح محلاً لبعض الاتفاقات الصحيحة ، ولو كان المحل مستحيلاً لكانت جميع الاتفاقات الواردة عليه باطلة ، ناهيك من حرمان المرأة في الإتفاق لأجراء عمليات جراحية لانقاذ حياته من الهلاك ، هذا على سبيل المثال وليس

حقيقية وجدية ومشروعة وإذا كان العقد عينياً كالعارية والراهن الحيازي والوديعة والقرض فإن السبب يكون تسلم الشيء فيلتزم المقرض برد القرض لأنه تسلمه. وإذا كان رضائياً كالوعد بالبيع فإن السبب يكون إتمام العقد النهائي وهو سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق أما في عقود التبرعات فإن السبب هو نية التبرع ذاتها ولذلك لا يقبل السبب في هذه الحالة الطعن عليه بالمادة ١١٣١ فرنسي ، فالسبب هو الغرض المباشر الذي يريد المتعاقد الوصول إليه من التزامه والبواعث هي الأسباب السابقة التي تبرر السبب والأول هو الذي يهم أمام القانون ، أما في عقد الكفالة والوكالة فإن الوكيل أو الكفيل يلتزم ليس علي سبيل التبرع ولكن لتقديم خدمة اقتصادية أو مالية مجاناً. والسبب يظهر في القانون الفرنسي كشرط لصحة الإلتزام التعاقدي وذلك من نص المادتين ١١٠٨ ، ١١٢١ ففي عقد البيع يشتمل العقد علي اتفاقين رئيسيين الأول ينشئ لصالح المشتري إلتزام بنقل الملكية والآخر ينشئ لصالح البائع إلتزام المشتري بدفع الثمن. وتقرر النظرية التقليدية أنه في العقود الملزمة للجانبين فإن سبب إلتزام كل من المتعاقدين هو إلتزام الآخر

(١) أبطلت المحاكم اتفاقاً عقده طبيب وسيدة عجوز تعهدت بمقتضاه مقابل مبلغ من المال بقبول تجارب جديدة للطبيب لاعادة الشباب ، وكذلك الإتفاق الذي وعد أحد الأشخاص بمقتضاه المستأجر بمبلغ من المال ليخلي له مسكنه وذلك لأن القانون الصادر أول ابريل سنة ١٩٢٦ في المادة الرابعة عشرة منه (والمعدل في ١٩٤٣/٥/٣٠). يعاقب بعقوبة الجنحة المستأجر أو شاغل العقار الذي يطلب من المستأجر الجديد أو المؤجر مقابلاً لترك المكان المؤجر.

الحصر كما ذكرنا، وتطبيقا على ذلك يرى Decocq^(١) أن الحقوق التي تمنح علي جسم الإنسان لا يمكن اعتبارها مباحة إلا بالنظر إلى سبب التصرف. فيجب أن يكون القصد من المساس تحقيق مصلحة علاجية للشخص.

ويضيف أن سبب القصد (الباعث الدافع للتعاقد) Motif Determinant من التعامل على جسم الإنسان يجب أن يفهم علي أنه تحقيق مصلحة واجبة الاحترام للغير أيضاً. فالمساس لا يسمح به إلا إذا كانت المزايا والمنافع التي تترتب عليه أكبر من المفاقد التي تنتج عنه فكلما كانت المصلحة المرجوة المترتبة على المساس بالجسم غير كافية، فإن المساس بالجسم يعتبر غير مشروع.

وتطبيقا على ما سبق ذكره فإن معيار تحديد حظر أو إباحة تأجير الأرحام هو التفرقة بين مشروعية أو عدم مشروعية التصرف من حيث الهدف الذي من أجله تم الإتفاق بين أطراف العلاقة لأجراء هذه العملية. وهذا يعني أن المعيار لا يكمن في فكرة المحل غير المشروع فقط، وإنما في فكرة السبب ويجب ألا يكون هناك لبس أو تداخل بالنسبة للبطلان بين السبب غير المشروع والمحل غير المشروع، وخاصة عندما يكون سبب البطلان هو الإخلال بالنظام العام خارج العقد يجب البحث عن الهدف من التصرف ودوافع الأطراف. وعلي هذا فلا يمكن القول مطلقا بعدم مشروعية الإتفاق من مجرد تعلقه بجسم الإنسان.

فالاتفاقات المتعلقة بجسم الإنسان لا تعتبر باطلة لمجرد تعلقها بالجسم، فهي تعتبر مشروعة علي أساس القواعد العامة وعلي نفس الأسس العامة، ويعتبر التصرف غير مشروع متى كان هناك عدم تناسب بين المساس الأكيد أو المحتمل بسلامة الجسم، والهدف من ذلك المساس وهو في موضوعنا الرغبة في إنجاب الطفل.

(١) Decocq, A, Essai d. une therapie generale des droits sur la personne. these paris 1960. p. 91 et s

وأخيراً أن نظرية السبب، تحدد التصرف المشروع من عدمه، حتى ولو كان التصرف متعلقاً بجسم الإنسان، فإذا كان السبب مشروعاً كان التصرف بالتالي مشروعاً، فلا يمكن القول بأن جسم الإنسان لا يصلح لأن يكون محلاً لاتقان مشروع. ففكرة عدم قابلية المحل للملك الخاص، أو استحالة التعامل فيه أو مخالفة للنظام العام أو الآداب لا يصلح كمعيار لتحديد التصرف المشروع وغير المشروع، مما لا شك فيه أن الجسم يصلح لأن يكون محلاً لتصرفات مشروعة كالإتفاق لأجراء العمليات الجراحية إنقاذاً من المرض، ولكن ذلك لا يعنى مشروعية جميع التصرفات التى ترد على جسم الإنسان مطلقاً، وكأنما لا فارق بينه وبين الأشياء، فالحد من مشروعية التصرف يساعد على الحفاظ على مبدأ حرمة جسم الإنسان، الذى يضع الإنسان فوق الإتفاقات القانونية، ويضعه فى مركز سام ولهذا لا بد من البحث عن أساس عدم المشروعية.

ونرى أنه لا يصح الاعتماد الكلى على الأخذ بنظرية السبب كمعيار أساسى لتحديد مدى أباحة أو حظر إجراء عمليات تأجير الأرحام، ولكن لا بد وأن يقترن هذا المعيار بعنصر الضرورة.

وبالرجوع إلى تقييم عنصر الإباحة من وجهة نظر القوانين الوضعية نجد أنه يدور حول معنيين: أحدهما يعرف بالمشروعية العادية والآخر: المشروعية الاستثنائية، وتجدر الإشارة هنا إلى ما ذهب إليه الفكر الليبرالى إلى القول بأن للإنسان سلطة مطلقة في التصرف في جسمه وله أن يأذن بممارسة الأعمال الطبية التي تحقق له الشفاء من آلامه النفسية والعضوية على السواء.

كما ذهب إلى القول بأن المشروعية الاستثنائية: هي القيام بأعمال تتسم أصلاً بعدم المشروعية بنصوص تجريمية إلا أنه لا يعاقب على القيام بها لتوافر أحد أسباب الإباحة فتخرج من دائرة التجريم إلى الإباحة لمسوغ قانوني كما هو الحال في الأعمال الطبية.

وكذلك هذا ما ذهب إليه بعض فقهاء القانون إلى القول بأن المشروعية العادية تعني أن كل ما لم يحظر فهو مباح^(١).

(١) د/ أحمد محمود سعد: تغيير الجنس بين الحظر والإباحة. - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية. القاهرة - ١٩٩٣ - ص ٤١٣.

وانطلاقاً من وجهة النظر السابقة فقد اختلف الفقه القانوني والشرعي في ظل الأنظمة القانونية المقارنة على أساس إباحة عمليات تأجير الأرحام. **ب - هل عملية استخدام الأرحام يتوفر فيها عنصر الضرورة الذي يجعل من شأنه إباحتها؟** نرى أن عنصر الضرورة غير متوفر في عمليات تأجير الأرحام؛ لأن الضرورة التي يمكن لنا الاعتداد بها هي انقاذ حياة انسان من الهلاك هذا بخلاف موضوعنا فالضرورة المتمثلة في الطفل المرجو وجوده لن تتحقق بالفعل، فما هي الضرورة القصوى من وجوده إلا الرغبة في الإنجاب؟ ونعتقد من جانبنا أن معيار الرغبة ينتفى في حالة الضرورة، مما يحتم علينا أن ننظر بعين الاعتبار علي مستوي أطراف العلاقة وليس علي مستوي شخص واحد وهذا أستحسان منا للصالح العام^(١).

ج - تقييم القضاء الفرنسي في تطبيقه لنظرية السبب

بالرغم من استقرار القضاء الفرنسي في تطبيق الاحكام التي تناولت في جملتها السبب^(٢).

كوسيلة للحماية الفردية ووسيلة للحماية الاجتماعية. وهذا السبب مشروع إلا أنه ابطال الكثير من العقود عن طريق فكرة للنظام العام وحسن الآداب فليس من اللازم أن يكون العقد أو الإتفاق مخالفاً لقانون معين بل يكفي أن يكون مخالفاً لفكرة النظام العام أو الآداب حسبما تراها المحاكم مستهدية في ذلك القواعد السامية في مجتمع معين.

ومن خلال رؤيتنا للموضوع وجدنا المشرع الإسلامي اتبع نفس المنهج الذي اتبعه المشرع الفرنسي، فالقاعدة الشرعية الاصولية أن ما هو مباح أصلاً يجوز لولي الأمر تقييده دفعا للضرر أو جلباً للمنفعة أو إذا اقتضته الضرورة وقد

(١) n. 189 et ,Nerson R ; Les droit extrapatrimoniaux n. 188 p. 418
N. 190 These Lyon 1939

(٢) وكذلك إيجار محل إذا اتفق المتعاقدان بمد العقد علي إستغلال المحل المودج في أغراض منافية للآداب، ولقاضي الموضوع أن يبحث بمطلق الحرية ما إذا كان العقد يمثل سبباً غير مشروع، ولا يستطيع الشخص الذي يشترك في مشروع من هذا القبيل أن يحتج بالعقد.

نقض فرنسي ١٢ / ٤ / ١٩٥٦ - المرجع السابق رقم ١٢١ - ونلاحظ أن المحكمة ابطلت العقد مع أن المتعاقدين اتفقا بعد العقد على الغرض غير المشرع.

خلقت لنا الشريعة تطبيقات عديدة لهذه القاعدة تدور حول ما يسمى (السياسة الشرعية) وهذه السياسة تتغير تبعاً لحاجات الناس وظروفهم.

وقد رسم لنا الميثاق معالم الطريق إلى التقدم أنه يرى في الأسرة الخلية الأولى للمجتمع ويريد أن تتوافر لها كل أسباب الحماية وهو يرى في الطفولة صانعة المستقبل.

وتتجلى لنا وجهة المشرع الفرنسي وبحسب له هذا التصرف وانطلاقاً من ذلك يعد استغلال صاحبة الرحم المؤجر بحمل الطفل لصالح الغير من خلال وضع نطفة غريبة في رحمها، نرى أن هذا مناف للآداب والأخلاق.

ويلاحظ أن المحاكم لا تتردد في إبطال الاتفاقات التي تخالف النظام العام أو حسن الآداب بقدر ما تتردد أحياناً في أبطالهما لانعدام السبب (بالمعنى التقليدي وبصرف النظر عن شرط المشروعية) ذلك أن وظيفة السبب كوسيلة للحماية الاجتماعية أيسر أو أكثر بساطة من وظيفته كوسيلة للحماية الفردية لأننا نجد في الحالة الأولى أمناً معياراً واضحاً تستلهمه المحاكم من القانون أو القواعد السائدة في مجتمع معين ولا يشكل في ذاته خطراً على حرية التعاقد أو على سلطان الإرادة إذا كان ذلك يتعارض مع النظام العام أو الآداب.

فلا تكون الاتفاقات التي تتضمن قيداً على حرية الزواج صحيحة طبقاً للمادة ١١٣١ مدني فرنسي وإذا كان القانون الفرنسي ينص على منع المضيفة الجوية من الزواج باطلاً في خصوص شرط المنع من الزواج لمساسه بحق الزواج المتصل بالنظام العام فما بالك من حبس حق الزوج على زوجته المؤجرة لرحمها طوال فترة الحمل لكونها ملتزمة لحساب الغير^(١).

والبطلان الذي يلحق العقد في حالة السبب غير المشروع هو بطلان للمصلحة العامة ولا يتلقى الطرف الآخر حتى ولو لم يكن يعلم بالغرض غير المشروع حماية ما، وذلك أن هذه الحماية تفترض إستبعاد البطلان كجزاء وهو مقرر للمصلحة العامة، ويلحق العقد كله وليس إلزام أحد أطرافه فحسب.

(١) محكمة باريس ٣٠ / ٤ / ١٩٦٣ - المرجع السابق رقم ١١٦

المطلب الثاني

موقف القضاء المقارن من إستخدام الأرحام

إن استئجار الأرحام أنتج شكل لـ ARTs، للتكنولوجيا الحديثة^(١) إن زوجة الأب الطبيعي ربما حينئذ تتبنى الطفل، ففي الدعوى المشار لها كخطوة اعتماد الولد. حالة استقصاء للحكم العام القانوني هي أن كل الآباء الطبيعيين يجب أن يتخلوا عن حقوقهم من أجل الطفل لكي يكون مؤهلاً للتبني وهناك شكل آخر لاستئجار الرحم وهو "تأجير الحمل بالإنابة"، وتكون فيه الأم حامل بالإنابة وفيه يتم تخصيص الجنين خارجياً، والذي هو نتاج التلقيح الصناعي يتكون من "أمشاج متجمعة من اثنين، وربما يوجد طرف ثالث متبرع، أو اتحاد للأثنين.

إن كل هذه الوسائل لابتكار اولتخليق^(٢) طفل يتحدى المفهوم التقليدي للأسرة المنبثقة من الخلية النووية. وبالمثل، فقد أثارت تحديات الدفع المبالغ فيه وحالة أحقية الوالدين^(٣). إن التقاضي على مسائل تأجير الأرحام ظهر عقب نمو تأجير الأرحام في الثمانينات (1980s) والمحاكم واجهت التحدي لإقرار هذه المسائل في غياب تشريعات القانون في تأجير الأرحام في حد ذاته^(٤) مثلها.

(١) generally keving Tuininga, The Ethics of surrogacy Contracts and Nebraska's Surrogacy Law, 41 Creighton L. Rev. 185 (2008).

(٢) Id (describing gestational surrogacy as that involving the embryo of the genetic material of the intended mother and father, and donor surrogacy as that where the egg and/or sperm used to create the embryo is donated by a third party).

(٣) Kindregan & Snyder, note 33, at 203 ("The growing use of Assisted Reproductive technology (ART) raised difficult issues surrounding parentage, the interests of children, use of the technology by same-sex couples and in other nontraditional families, and the resolution of conflicting interests when the law provided no guidance").

(٤) ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 42 Fam L.Q. vii, Editor's Note (2008) (stating that over the last twenty years, ARTs have not been consistently regulated by the states).

ولذلك اهتم القضاء فى البت حول مسألة تأجير الأرحام وخاصة فى ظل التطورات الحديثة التى نعيشها الآن، وأمام حجج المؤيدين والمعارضين لهذه الوسيلة ظهر تباين شديد بين مختلف الاتجاهات فى الحكم بثبوت نسب الطفل لأى من المرأتين، ولقد ظهر جليا هذا التردد وتلك الحيرة خاصة فى غياب التشريع من خلال الاتجاهات القضائية المختلفة بخصوص بيان مشروعية الأعمال الطبية الهادفة إلى إزالة العقم عن طريق تأجير رحم امرأة، تحمل نيابة عنها بوضع بويضتها المخصبة بنطفة زوجها علي أن تلتزم الحامل بتسليم الطفل بعد تمام الولادة مباشرة. ونستطيع أن نجمل هذه الاتجاهات القضائية فى اتجاهين رئيسيين دون الماطلة فى عرض موقف القضاء الفرنسى؛ نظراً لتدخل المشرع الفرنسى الذى سن تشريعا قرر فيه بطلان تلك الاتفاقات بشكل مطلق.

❖ القضية (١)

محكمة قضايا إستئجار الأرحام بمقاطعة نيويورك^(١) قضية نيكولاس - ملف رقم ٢٠١٠/١٠٣٢ إستئجار رحم Kristin Glen - حكم - ٨ يونيو:

هذا ما ورد من خلال شبكة أخبار (CNN) بخصوص ميلاد والآباء المتبنين للطفل نيكولاس (Nicholas) لتسجيل تبني نيكولاس رسميا وعلانية ووضع برنامجا مبدئيا فى يونيو أثناء Gay Pride month - القضية تتضمن تشريعين - المتعارف عليه "المطبق قضائيا فى حجرة المحكمة cameras in the courtroom" قانون القضاء ٢١٨ و (Jud 1) وتشريع وسجلات التبني المختومة "قانون العلاقات الاسرية" (DRL) S114) للأسباب التى سوف يرد ذكرها ومناقشتها بالأسفل. وبناءا عليها التشريعات تم وضعها.

حقائق:

Gary هو الأب الجيني البيولوجي لنيكولاس البالغ من العمر ٥ شهور والذي نتج عن طريق زرع بويضة فى رحم مستأجرة. إن Gary و Anthony كانا

(١) فى الولايات المتحدة الامريكية - - (N.Y.L.J.42 (col. 1 ٢٠١٠/٩/ - مجلة القانون - نيويورك - عدد ٢٤٣ - حقوق الطبع 2010 Alm ملكية الإعلام و LLC - الاربعاء / ٩ مايو / ٢٠١٠ - قرارات فى الأخبار - قانون الأسرة.

سويا لمدة ١٩ سنة، وفي عام ٢٠٠٤ عندما أصبحت القدرة على الزواج متوفرة تزوجا في كندا، لسنوات عديدة كانا يخططان لبناء أسرة وفي عام ٢٠٠٩ قاما بإجراء اتفاق إستتجار رحم مع سيدة من مدينة نيويورك. لقد كانوا على اتصال معها طوال حملها وكانوا يستعدون لمولد الطفل نيكولاس. وبعد ذلك بوقت قصير أحضرا للمنزل بمدينة نيويورك وكانا يرعيانه منذ ذلك الحين - كأب جيني أو بيولوجي - وقد تم تسجيل Gary بصفته الأب في شهادة ميلاد Nicholas، وقد تنازلت صاحبة الرحم المستأجر عن حقوق الأمومة وعلى الرغم من ذلك فإن Gary و Antony استمروا على اتصال معها حتى تكون على صلة قريبة بظروف الطفل المولود.

ولما كان زواج Gary و Anthony زواجا قانونيا حيث تم توثيقه بعقد ولأن الزواج من نفس الجنس لا ينتهك سياسة نيويورك العامة فقد عرفوا على إنهم ثنائي متزوج في الولاية^(١).

(الاعتراف بزواج نفس الجنس لغرض التمتع بإستحقاقات العناية الصحية للزوجين^(٢). وبسبب وجود Nicholas كولد أثناء فترة الزواج فإن كليهما يجب ان يعترفا بهما كوالدين^(٣) ومع ذلك فإن هذا الافتراض لا يحمي علاقة كلا الابوين لنيكولاس في ولايات أخرى وهذا بسبب أحكام الدفاع عن قانون الزواج^(٤).

ولذا فإن Anthony قدم التماس للمحكمة لتبنى Nicolas. فغمرت الزوجان فرحة كبيرة لهذا الحدث واعتقدا ان علاقتهما سوف تصبح معلنة

(١) (see e.g. Martinez V Country of Monroe, 50 AD3d 189. 4th Dept 2008)

(٢) (Matter of Ranftle , ivyl , feblu , ronftle 2009 at 34,col2)

(٣) Worlds First Test-tube Baby Is pregnant, daily mail , July 10, 2006
http://www.dailymail.co.uk/pages/live/articles/news/news.html?_article_id=394894&in_page_id=1770 (last visited Mar. 31, 2009)

(٤) Act,17 USCS1738 C,A as added)Pub l 104 – 199 ; LLous stat
24119 (مقاطعة ٢٠٠٩) Sea Sebastion 25 misc 3d567 Surct, Ny

كزوجين من نفس الجنس وطفلهما، كما يعمل على إزالة التحيز ضد العائلات من نفس الجنس الواحد.
القانون الواجب تطبيقه: .

القانون القضائي 3 "C S218" يتطلب بتوجيه دعوى قضائية مصورة تؤخذ في الاعتبار خمس عوامل على الأقل وهو: نوع القضية المعنية. إن كانت هذه الدعوى تسبب أي ضرر على أي طرف في القضية أو تمثل تداخلا مع القضاء النزيه وتقديم المحكمة العادلة وحقوق الاطراف. عدم وجود أي تأثير خارجي على الشهود قبل الإدلاء من أجل السماح بتغطية بصرية وسمعية، والتي يمكن مشاهدتها بمثل هؤلاء الشهود حتى لا نتحيز لأي طرف على حساب الآخر، أما أن هذه التغطية يمكن أن تتداخل مع النشاط التنفيذي للقانون، أو أنها تتضمن أمورا فاضحة أو خادشة للحياء. إن العوامل الثالث والرابع والخامس ليست لها أهمية لاعتماد الدعوى، أما العامل الأول فاعتبر ذا صلة بالاحتياجات التشريعية لسجل الاعتماد الموثق "الختم"، نوقش أدناه. وبالنسبة للثاني فإن الأطراف البالغة شاركت في الالتماس وطالبت بالنشاط التصويري للقضية حتى لا يقع أي ضرر أو مخالفة عليهم. ويرجع السبب في تعيين المحكمة وصى مخصص لنيكولاس؛ لأن التبنى يشمل أطفالا رضع قد يحتاجون لرعاية من نوع خاص.

^(١) Gal. Suzanne Goldberg هي بروفيسور القانون المعالج في كلية الحقوق بكولبيا، والمدير المساعد لمركز النشاط الجنيني بين الجنسين وخبير في LGBT المسائل القانونية خصوصا حقوق الحالة الاجتماعية للأباء من نفس الجنس وأطفالهم^(٢) في إعداداتها للتقرير في هذه القضية. هي ومساعدة البحث

(١) Polly Morrice, Children on demand, N.Y.Times, Apr. 22/2007 at 7-16, available at <http://www.nytimes.com/2007/04/22/books/review/Morrice.t.html>

(٢) (Deidre.Com. Online Chat.DEC.10.1995.HTTP://WWW.DEIDRE.COM/ CHATS/OPRAH_CHAT.CFM (Last Visied Jon.23. 2009) . 23_2009.

أستخلص إحصائية شاملة للمحاضرات الأكاديمية والمهنية والقانونية على الأطفال ذوى الوالدين من جنس واحد.

نقلا عن سلطة مؤثرة، تشمل (الأكاديمية الأمريكية لطب الأطفال والجمعية الأمريكية للطب النفسى) وجدت ان الأطفال الذين تمت تربيتهم من آباء وأمهات من نفس الجنس يكونون على قدم المساواة مع الأطفال لآباء مختلفي الجنس عاطفيا ونفسيا^(١).

ثانياً لقد راجعت ما وصفته بالنمو المتسارع الآتى فى تغطية إعلامية للأزواج من نفس الجنس وأطفالهم.

وفى شبكة التلفزيون الوطنية - وبعد مراجعة دقيقة لم تجد دليلا على أن أى ضرر قد وقع للأطفال التى صورتهم وهويتهم التى أدرجت منهم فى هذه التغطية الإعلامية او غيرها^(٢).

ثالثاً البرفيسور Goldberg وجدت أن التغطية الإعلامية لأطفال لوالدين متوحدى الجنس لها أهمية كبيرة لتسهيل قبول وتضاءل التحيز تجاه الوالدين متوحدى الجنس وأطفالهم تمثل أفضل مصلحة لنيكولاس، وبأستعراض المقالات قالت إنها نقلت عن علماء وجدوا أن إذاعة الأخبار يمكن أن يسهل قبول التبنى - بعكس تحويلات ما بعد الحداثة فى التفكير عن مشكلات الأسرة.

هذه التحويلات تنطوى على الاعتراف بهياكل الأسرة المعنوية ومفاهيم بديلة للقربة. ويتغطى إجراءات التبنى وتقديم توصيات بنشر الاخبار يمكن أن يلعب دوراً فى تعزيز أشكال القربة الغير جينية.

Gary, Antony أخيراً بعد إجراء حوار مع كل منهما^(٣).

(١) http://www.deidrehall.com/chats/oprah_chat.cfm See Am Avad of Pediatrics. Co – Parent or Second Porent adoption By Same Sex Parents. 109 Ped iatrics 339 (2002).

(٢) (as in – interalia – the New York Times, Boston Herald U-S-A-Today)

(٣) (susan l.klin ,Amoda L.Kaerel ,Karishm chatter Jee , coveing adoption. General pepictions in broad cast News,55 family relations i87,488 (2006

بعد وضع التطبيق الشامل فى سياق بحثها الأدبى ، أشارت إلى أن بث الأذاعة لإجراءات التبني لن يسبب ضرراً عند عرض الحقائق وإن نيكولاس تم تبنيه وله والدان من نفس الجنس ولقد ذكرت .

أياً كان من يتعامل مع نيكولاس ووالديه يعرف أن نيكولاس من والدين من نفس النوع وأنه تبني بواحد منهما على الأقل وذلك لأن كلا والديه لا يمكن أن يتقاسما جنيناً فى صورة . ان هذه الحقائق عن عائلة نيكولاس والتي قانونياً ستحتفظ أثناء إجراءات التبني . لا يمكن تعديلها لتبني نيكولاس أو تعميم هذا الفيلم بعد ذلك . ولذا لا يوجد سبب من قبل افلام بخصوص حقوق نيكولاس الخاصة يمكن انتهاكه بواسطة إذاعة إجراءات التبني . لقد أستنتج الاستاذ الجامعى Goldbery أن تصور CNN لتبني نيكولاس من أبوين تعميم لقطات هذا الفيلم لاحقاً لا يتوقع بشكل عقلانى أن يسبب قلق لنيكولاس وبالأحرى إنه سوف يخدم صالح ومنفعة الطفل القصوى .

طبقاً لذلك فإن المحكمة أصدرت أن منح التطبيق لن يسبب أى ضرر لأي مشارك فى هذه القضية (11 Jud) [c] (3) ILs218 والرجوع إلى النظام الأساسى الذى يحكم الكاميرات داخل المحكمة (3) Jud 152 18 فإن الاعتبار الأخير هو الطبيعة الخاصة لإجراءات التبني ، ولذا فإن المتطلبات هى ان تكون DRL.sllu السجلات مختومة .

إن المحكمة سابقاً أعتبرت أن المنع من sllu فى النص - على اعتماد الاستماع إلى أن التبني واستخلصت أنه لا يوجد شريط لفتح باب المحكمة^(١) . كما نوقش فى هذا الرأى ، ويهدف النظام الأساسى المختوم لخدمة مصالح الثلاثة وهم :

١ - حماية هوية والدين المولود^(٢) .

السرية توفر للوالدين الطبيعين عدم الكشف عن هويتهم التى ربما يعتبرونها ضرورية^(٣) .

(١) (Matter of Doe,N4L JaPRIL4,2001AT 31,C13 [sur ct- Ny covnty

(٢) (see e.g Matter of Linda F.M,52Ny 2d236,239 (1981))

(٣) (Golan v.louis wise service 6g Ny 2d 343, 346-47 (1987))

إن النجاح فى عملية التبني فى نيويورك يعتمد على خصوصية - هذه العملية للرجال والنساء الذين يواجههم ظروف الحمل الغير مرغوب فيه. أو عدم القدرة على توفير الرعاية الضرورية السرية لأطفالهم - هنا فإن أب المولود يطلب تأكيد ثابت عام للتبني ، ومما لاشك فيه فإن الاحتفال يشمل عدم الكشف عن هوية الأم التى ولدت.

٢- إن حماية خصوصية الآباء بالتبني وعائلاتهم وأسرته التى شكلت سرّاً حديثاً.

تمكن آباء التبني من أن يطوروا علاقات حميمة مع اطفالهم يشمل الحماية من أى ابتزاز، وهنا وعلى النقيض من ذلك فإن الأب المتبنى Gary أب المولود، وهما زوجان فخوران وهما يتمنيان أن يحتفلا بشرعية العلاقة لينكولاس.

٣- حماية الطفل من معرفة شرعيته / شرعيتها

وكذلك وقاية الطفل المتبنى من حقائق تحيط بميلاده وأبويته تبني مجهول المصدر^(١). يحمى الأطفال المتبنين غير الشرعيين من أى وصمة عار قد يسمعوها بسبب ميلادهم. ولذا [sic]

كما دون الأستاذ الجامعى Goldbery فإنه من المستحيل إخفاء حالة التبني لينكولاس عنه. إن Antony ، Gary ليست لديهم النية لذلك بدلاً من ذلك فتصوير التبني ، فإنهم يحتفظون لينكولاس بشريط بصرى حيوى لحب كليهما له. والأعتراف القانونى للأسرة والتى تم اختيارها عن قناعة.

لأن أياً من السياسات الثلاثة التى تتطابق مع مصلحة الدولة فى نظام التبني المنظم / معتمد تشرف عليه حيث إنهم مشتركون فإن الختم الأساسى لا يشكل عائقاً أمام إقرارا تصوير تبني نيكولاس. لهذه الأسباب ومع موافقة GAL ينكولاس. صدرت هذه التطبيقات بين العديد من مراجعات القانون ومواده وفصول كتبه فإن البروفيسور Goldbery بشكل كامل نشير الزواج كأحتكار فى تدافق التاريخ والعرف لعلاقات المرأة فى الزواج Civil vnion distinction.

(89 Misc zd 132,133 [sur ct ,Queen covnty (1976)])

(١)

قانون قضايا الأسرة^(١) وقانون إصلاح التقاضى (الأباء الغير معترف بهم وقضايا^(٢) وقريباً مسائل ملحة للتوجة الجنسى forthcoming uclal Rev June 2010

والتميز عن طريق المقارنة (forthcoming.Yalel-2011) لقد أجرى تدريب قضائى فى تمييز LGBT ومسائل الأسرة لمعهد قضايا ولاية نيويورك والمعهد القضائى بنيوجرسى ٢٠١٠/٩/٦ (COL ny lju2 ،)

❖ القضية (٢)

افتتاحيات تنظيم قضايا استئجار الارحام^(٣)

قد تم مرة أخرى منح المحاكم المختصة بالقضايا الناجمة عن التقدم فى تكنولوجيا الانجاب بالاضافة الي الانجازات التى تجاوزت استعداد مجتمعنا للتصدى لها بالصورة الشاملة. ففي هذه المرة فقط يكون الاطباء والمحامون هم المدعى عليهم وليس الآباء البيولوجين أو آباء التبنى.

AG.R.V Brisman MON -L 1012-08 فأن محكمة المقاطعه ManMouth رفضت مؤخراً شكوى سوء الممارسة المهنية التى قدمتها امراه قد حملت الاجنة التوام لاختيها وشريكه وقد تم تلقيح البويضات مع الحيوانات المنوية مع شريك الاخ قبل ان يتم زراعتها فى الرحم AG.R'S قبل الزرع. وقالت انها ابرمت عقداً مع الرجال ينص علي التخلي عن حقوقها الوالدية، حينما يولد التوام لكى يتمكن أخوها وشريكه من أن يتبنوها رسمياً.

وقد تم اعداد العقد من قبل المدعى عليهم والذي قام الرجلان بالاحتفاظ به. ولم تقم A.G.R بتوكيل محام خاص بها حيث انها قد عاشت مضاعفات خطيرة أثناء الحمل وانها قد عانت من الدخول فى غيبوبة ولكنها شوفيت وانه قد تم ولادة الاطفال فى عام ٢٠٠٦. وبعد ذلك بوقت قصير، اعطى AGR لBrisman استثماره تتضمن موافقتها علي التخلي والتنازل عن حقوقها

(١) (civil vnion distinction 41 connl Rov 1397 (2009)

(٢) Alison Dv Virginia M.17 colum j-Gendre 8 L 30 7 (2008)

(٣) (١٢ - ١٤) 194 N.J.L.J - مجلة القانون بنيوجرسى، مجلة ١٩٤ فهرس ٩٤

- ديسمبر ٢٠٠٨

الوالدية ، والسماح بتبني الطفلين ولكن بعد ذلك بوقت قصير قامت AGR بتغيير رأيها وطالبت في دعوة منفصلة بحضانة الطفلين.

وقد زعمت AGR في ادعائها بالاهمال ضد المحامي أنها وقعت على الموافقة بقبول التبني ؛ بسبب أن Brisman حلف العقد السابق الملزم به والذي به وافقت على ان تزرع الاجنة المخصصة.

عقود تأجير الأرحام غير قابلة للتنفيذ في ظل ولاية نيو جيرسي الطفل 109 NJ 396 (1988) [M] ، I ومع ذلك فان الوضع المعروض هنا مختلف. ففي قضية الطفل M ، الأم الحامل (المستأجرة للحمل) هي الأم البيولوجية للطفل. أما عن Brisman فإن الاطفال غير مرتبطين وراثيا لـ A.G.R. . وما لا شك فيه ان المحكمة عليها أن تقرر مسألة ما إذا كان ذلك ينطبق علي الطفل M.

وقد نتج عن القضية تساؤلات جديدة بصرف النظر عن قضية التحريف. وتوجد العديد من التساؤلات حول A.G.R ودعوتها الخاصة بإهمال المحامي الذي لم يقم بتمثيلها ، وأما سوف تنفذ اتفاقية الحمل وما يتعلق بمسألة الميراث.

من أجل الاطفال الذين أحضروا لهذا العالم بواسطة هذه الأساليب الحديثة للتكنولوجيا. فانا لا نذكر أبائهم الحقيقيين أو المتبنين. فإن هذه الأسئلة تنبغى أن تؤخذ في الاعتبار بواسطة المجلس التشريعي حيث ينبغي سن الإطار التنظيمي بعناية. ولا ينبغي أن تحل عن طريق التقاضي فانا نقوم بتقديم العديد من المبادئ التوجيهية القانونية الخاصة ببيع المنازل عن الاهتمام بانتاج أرواح بشرية.

❖ القضية رقم (٣)

وهناك قضية كانت بمثابة نقطة تحول في تقاضي تأجير الأرحام في إعادة الطفل M^(١).

وتتلخص هذه القضية ، ان هناك زوجين ، The Stern ، دخلا في عقد تأجير الأرحام مع Marybeth hitehead. وذلك لأن Mrs. Stern كانت عقيما^(٢).

In re Baby M, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988).

(١)

Id. At 1235.

(٢)

إن العقد يتيح أن Whitehead سوف تحمل من خلال تلقيح صناعي باستخدام حيوان منوي لـ Mr. Stern. كذلك ستحمل الطفل لأجل ، تلده ، وتسلمه إلى أسرة Stern لتبني الطفل^(١). إن العقد يتاح مقابل دفع... Mrs Whitehead \$10000. مع الأخذ في الاعتبار أن الدفع لم يكن من أجل إنهاء حقوقه النسب أو في الاستبدال. لتسليم الطفل للتبني. لكن من أجل خدمات^(٢). إن Mrs Whitehead تطوعت بأن تكون الأم البديلة بسبب التعاطف الذي شعرته من أجل هؤلاء الذين ليس بإمكانهم الحصول على طفل ولأنها كانت تريد المال لكي تساعد أسرتها^(٣).

بعد ما أصبحت حاملا ، فإن Mrs whitehead ارتبطت بالطفل الذي كانت تحمله ، وعندما ولد الطفل أدركت أنها لن تتمكن من أن تتخلى عن الطفل^(٤). على الرغم من أنها في البداية حافظت على اتفاقها في العقد وتخلت عن الطفل لأسرة Sterns لمدة ثلاثة أيام بعد ميلاده. لقد ذهبت لهم في اليوم التالي وأخبرتهم بأنها لا تستطيع العيش بدون الطفل وأنهم لابد أن يعيدوا لها الطفل. ولأن عائلة Stern كانت مهتمة بحجم ياسها وبالتفكير في أنها قد تقدم على الانتحار ، فإنهم وافقوا على أن يعيدوا لها الطفل معتقدين بذلك أنها سوف توفي بوعدها أخيراً وأنها ستسلم الطفل^(٥).

إن الصراع المشين حول الطفل بدأ عندما تحققت العائلة من أن Mrs whitehead لا تنوى أن تعيد الطفل^(٦). " فأقامت عائلة Sterns دعوى قضائية ، لكي تنفذ اتفاقات تأجير الأرحام. وسعت وحصلت على أمر من طرف واحد يمنحهم حضانة مؤقتة ، لأنهم كانوا يخشون من أن " Mrs Whitehead ستهرب بالطفل. عندما دخل المحضر بالتنفيذ إلى منزل Mrs whitehead فإنها ناولت

Id whitehead's husband was also a party to the contract. Id. (١)

Id. At 1241. (٢)

Id. At 1236 (٣)

In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1236 (N.J. 1988) (٤)

Id. At 1237. (٥)

Id. (٦)

الطفل لزوجها، الذي هرب مع الطفل من خلال شباك^(١). لقد هربت عائلة Whitehead إلى Florida مع الطفل، حيث أقاموا مع والدي Mrs Whitehead^(٢). وأخيراً فإن الشرطة أخذت الطفل من Mrs Whitehead بالقوة الجبرية تحت أمر محكمة.

لقد شرعت عائلة Sterns في الدعوى الأصلية وحصلوا على حضانة مؤقتة^(٣) إن المحكمة أخيراً أقرت أن العقد كان صالحاً، وأمرت Mrs. Whitehead الوحيدة بإنهاء حقوقها كما أعطت الحضانة الوحيدة للسيد Stern - وأمرت أن Mrs Stern. يسمح لها بتبني الطفل وفقاً لمادة العقد.

إن محكمة New jersey العليا بعد النظر في عدم استقرار حالت Mrs Whitehead، أعطت الحضانة لعائلة Stern لأنها كانت أفضل فائدة بالنسبة للطفل، ولكن (Mrs Whitehead) استعادة حقوق الوالديه وأبطلت التبني لـ Mrs. Sterns^(٤). إن المحكمة قيمت اتفاق تأجير الأرحام تحت نظام New jersey لبيع الطفل ووصفت الاتفاق كمقايضة للطفل والتي وجدتها غير قانونية وربما تكون إجرامية^(٥). وحيث أن عدم وجود بطلان أوتوماتيكي لعقود تأجير الأرحام. فإن المحكمة تأخذ المسائل الخاصة المتعلقة بدفع المال للام البديلة^(٦) وأبطلت عقد تأجير الأرحام؛ لأنه يعارض القانون والسياسة العامة لـ New jersey.

نرى أنه يؤخذ على محكمة نيوجيرسى فى بداية الامر؛ لأنها ناقدت نفسها بشأن تسليم الطفل الى عائلة Mrs Sterns وذلك يرجع الى عدة اسباب؛ بالرجوع الى قانون ولاية نيوجيرسى لتأجير الأرحام الذى ينص على السماح فقط باتفاقات تأجير الأرحام بالإنابة (والتي بها تكون الام البديلة ليست المساهمة البيولوجية للبويضة)

-
- | | |
|--|-----|
| Id. | (١) |
| In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1237 (N.J. 1988) | (٢) |
| Id. | (٣) |
| .Id. At 1259 | (٤) |
| Id. At 1240. | (٥) |
| In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1240 (N.J. 1988). | (٦) |

وهنا على العكس Mrs Whitehead كانت مساهمة بيلوجية للطفل اى كانت ام بيلوجية له بالاضافة الى تمسكها به فمن الاولى هى أحق بحضانة الطفل بالإضافة إلى أن الدافع لإبرام صاحبة الرحم لم ينص على إنهاء حقوق النسب أو في الاستبدال. أو لتسليم الطفل للتبني. لكن من أجل خدمة...
إن حل مثل هذه المسائل يتم شرحه في المذكرة التمهيدية لنموذج القانون:

ان تطبيق مضمون القائمة القانونية والقانون العام "أحدث ارتباكات وتناقضات"^(١) "تتنوع في كثير من الأحيان للقضاء على المساعدة الإنجابية"^(٢) وفيما يلي ملخصاً للمنازعات المتنوعة التي جرت ضد عموم تأجير الأرحام المدفوع تحديداً، حيث كانت اتفاقات تأجير الأرحام بلا منازع بالأطراف. وبعد أكثر من ٢٥ عام لدعاوى تأجير الأرحام، فإن هذه المنازعات تم شرحها بواسطة العلماء والمحاكم بالمثل، وهذه التناقضات وحدث الطريق للنهج الإداري لتأجير الأرحام بدون الحاجة إلى إقرار قضائي.

بعض المبادئ القانونية التي استندت عليها السوابق القضائية السابقة :-

- إن معارض لتأجير الأرحام غالباً ما يبدأون منازعاتهم ضد إعلان أن عقد استخدام الأرحام ينتهك التعديل الثالث عشر لحظر الرق. وبهذه الطريقة فإنهم يسمحون "بالتجارة" في الطفل لاعتبارات مالية^(٣). إن المحكمة العليا California in Johnson V. Calvert عللت أن عقد التأجير الأرحام في القضية يتيح للسيدة الحامل ان تحتفظ بحقها المطلق في أن تجهد الطفل، وبالتالي تحمي حريتها تحت تعديل الثالث عشر للقانون^(٤).

- إن العديد من المشاكل المتعلقة بعقود استخدام الأرحام نشأت في ظل الحالة الفردية للقوانين القائمة والتي غالباً ما تكون في سياق التبني وعلى

Id. At 1234.

ABA Model Act, Prefatory Note, at 171.

Kindregan & Snyder

e.g., In re Baby M, 525 A.2d at 1253 n. 12; also Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 784 (cal. 1993) (in which the surrogate asserted this as one of her arguments).

(١)

(٢)

(٣)

(٤)

سبيل المثال فإن محاكم السلطات القضائية لمكافحة بيع الاطفال أمتدت لما إذا كان عقد تأجير الأرحام مشروع.

- القوانين المتوفرة لاستخدام التلقيح الصناعي بواسطة المتزوجين أيضا تحوى منازعات ما إذا كان هذا التشريع ينبغي أن يمتد لاستخدام الأرحام.

- إن المحاكم تبحث تحريم تأجير الأرحام. أو إعلان أن عقود تأجير الأرحام باطلة غالبا ما يتم ذلك بربط تأجير الأرحام بقانوني خطر بيع الأطفال على سبيل المثال. في إعادة الطفل M فإن المحكمة العليا المحكمة العليا لـ New Jersey أعلنت أن قوانين الولاية التي تعارض بيع الأطفال أقرت أن المشكلة تنحصر في خطر تأجير الأرحام المدفوع له^(١) ولذا فإن المحكمة تقرر أن الأم البديلة لا يمكن أن تضطر لأن تتخلي عن حقها في النسب لوالديه عملاً بعقود الأم البديلة.

- وذلك لأن مثل هذه العقود يعتبر بمثابة بيع للطفل أو على الأقل بيع لحق الأم في التنازل عن الطفل^(٢). إن محكمة الطفل M وجدت أن عقود التأجير الأرحام التي تدفع التعويض الكامل فقط تكون بناء على تسليم الطفل محقق أن هذا العقد ليس فقط لخدمة الأم البديلة التي تحمل الطفل وذلك لأن العقد يحدد أن الوالدين المعنيين "لن يدفعوا شيء في حالة موت الطفل قبل الشهر الرابع للحمل، ومبلغ \$ ١,٠٠٠ لو أن الطفل مولود ميت"^(٣).

- وهناك بعض المحاكم التي منعت تأجير الأرحام وذلك على الرغم من أن قوانين الولايات التي تتيح أنماط أخرى من مساعدة الإنجاب عن طريق تميز تأجير الأرحام باعتبارها توفر حياة حقيقية، بدلاً من احتمالات الحياة. ففي إعادة تبني Paul على سبيل المثال فإن محكمة New York أصدرت أن القانون -

(١) Johnson, 851 P.2d at 784.

(٢) In re Baby M, 537 A.2d at 1248.

(٣) Id The court reasoned that "almost every evil that prompted the prohibition on the payment of money in connection with adoptions exists here id."

يسمح بالتلقيح الصناعي بالمتزوجون الذين لا يستطيعون منطقيا من أن يوسع نطاقهم ليشمل تأجير الأرحام^(١).

- لقد عللت المحكمة أن استخدام الأرحام لم يكن مماثلا للتبرع بالحيوان المنوي "كوسيلة لتحقيق النسب"^(٢). لقد وجدت المحكمة أن هناك "اختلافات هامة" في ذلك. حيث إن الحيوان المنوي هو مجرد أمشاج ويحتمل أن يكون قادرا على الاندماج بنجاح مع بويضة. لتكوين الجنين والذي يستلزم أن يبقى الحمل حتى الميلاد حيث أن الأم البديلة توفر سبل الحياة وأنها ليست تنتج البويضة فقط، ولكنها توفر الحماية والتغذية أثناء الحمل وتسلم طفل بشري قادر على البقاء المستقل.

- هذا هو الفارق الذي ويقدم كما أن الهدف الأساسي للأم البديلة المستأجرة الربح المادي غير القانوني لبيع الأطفال وأخيرا وحيث أن معظم اتفاقات تأجير الأرحام تمنح من أجل حضانة الطفل الوحيد للأب فور الميلاد، ويعد ذلك، ربما يتم التبني بواسطة الزوج أو الشريك.

- عقود تأجير الأرحام وجدت لكي تنتهج قوانين الولاية التي تتيح أن الأطفال لا بد أن يبقوا مع والديهم الطبيعيين ويتم تربيتهم بهم إن محكمة New Jersey في الطفل M.^(٣) أن مجمل الغرض والتأثير للعقد هو أن نعطي الأب الحق المقصر للطفل بإلغاء حقوق والدته^(٤).

Id. At 124 In re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d (N.Y. Fam. Ct. 1990). The New York court similarly held that a surrogacy contract would only be upheld if the surrogate agreed not to accept compensation because "compensation direct to the mother for her 'services' in carrying and giving birth to the child" was not permitted under the state's anti-baby-selling statute. Id.at 817.

In re Adoption of Paul, 505 N.Y.S. at 818.. (٢)

In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1247 (N.J. 1988). (٣)

Id. The court explained that "the first stated purpose of the previous adoption act... [is] to protect the child from unnecessary separation from his natural parents... While not so stated in the present adoption law, this purpose remains part of the public policy of this State." Id. (٤)

- ومع ذلك فإنه لا توجد محكمة تبطل التخلي عن حقوق الوالدين أو الموافقة على التبني لمجرد أن المتسلمات وافقن على أن يكن أمهات مستأجرات. إن محاكم تدعم تخلي أو موافقة الوالدين في مواجهة تشريعات الدولة التي تمنع بيع الأطفال ثم قدمت ذلك لسببين-
أولاً: بعض المحاكم وجدت أن الدفع في عقود تأجير الأرحام هو ببساطة تعويض لخدمات الأم البديلة لعمل الطفل:

إن السبب في أن عقود تأجير الأرحام لا تجرم الغرض من التشريعات المناهضة لبيع الأطفال. والتي تتمثل في احتفاظ سمسارة الأطفال من الأم السحاقية المتوقع حملها بالخوافز المالية؛ لكي تتخلي عن الطفل^(١) وحيث أن عقود تأجير الأرحام تتشكل قبل الحمل، فإن الأم البديلة المستأجرة غير مدفوعة بتجنب العواقب لحمل غير مرغوب فيه أو خوف من الأعباء المالية لتربية الطفل. ولكن حسب رغبتها لتساعد فرد أو زوجي لا يستطيعان، وبشكل مئوس في الحصول على طفل^(٢). وبالإضافة إلى ذلك فإن الدفع عادة ما يتم فوق الشهر التاسع للحمل، والمؤكد أن التعويض لخدمات الحمل البديل في حمل الطفل، ليس في شكل مبلغ مقطوع فقط ولكن وعندما يولد الطفل معافى صحياً أي صحيح البدن

- بدلاً من ذلك فإن محاكم تدعم عقود تأجير الأرحام طالما أنه لا يشتمل على شرط تعويض نقدي. وهذه المحاكم تعلق أن تأجير الأرحام لا يمكن أن يشكل بيع أطفال في غياب التعويض النقدي والسياسي المتعلق بالقوانين التي تخطر بيع الأطفال ليست متورطة عندما لا يدعم قرار الأم البديلة للتخلي عن حقول لوالديه بالكسب المادي^(٣). وعلى سبيل المثال، على الرغم من أن محكمة New York يبطل التخلي بلا منازع عن حقوق النسب للأم البديلة في إعادة

(١) See Johnson v. Calvert, 851 P. 2d 776, 783 (cal. 1993); In re Adoption of Baby A, 877 P.2d 107, 108 (Or. Ct. App. 1994).

(٢) See Surrogate Parenting Assocs.,v. commonwealth, 704 S.W. 2d 209,212, (ky 1986)

(٣) See eg. Johnson, 851 P.2d at 784.

تبني paul. لقد وجدت أن التخلي كان مسموح لو أن الأطراف اقروا التعويضات الضائعة كشرط فى العقد^(١).

ثانياً: بعض المحاكم تدعم عقود تأجير الأرحام لأنهم وجدوها تتفق مع قوانين الدولة في السماح لأنواع أخرى من ARTs مثل التي في الإخصاب الأنبوبي.

في ذلك نجد أن جميعهم مشتركون بالعبث مع الطبيعة في مصلحة ٢٤٩ • مساعدة الأزواج العقيمين في أن يتصوروا^(٢) إن هذه المحاكم تعلق أن الإخصاب الأنبوبي وترتيبات تأجير الأرحام هي متشابهة، وبها يتمكن الأزواج العقيمون في أن يكون لهم طفل مرتبط بيولوجيا بأحد منهم عندما لا يستطيعون فعل شيء آخر^(٣).

رأى الباحثة:

يؤخذ على القضاء الأمريكى فى أحكامه القضائية السابقة إغفاله عن شروط تبني الطفل، وهى أن يكون الطفل عند تبنيه مفتقدا لأبويه البيولوجيين وربما يكون هذا السبب تعليلا لعدم وجود مشاكل من جهة الأسرة المتبنة للطفل لعدم وجود أبوين له بالفعل؛ لذلك نرى أن هناك التحايل عن طريق تكييف نظام طفل التبني على نظام طفل الرحم المستأجر لمجرد إلحاق الأم البيولوجية بالطفل الناتج من ثمرة هذه العملية تحت مظلة نظام التبني كذلك نرى ان القضاء جانبه الصواب عندما أخذ بواقعة الولادة كحقيقة أساسية لثبوت النسب جهة الأم^(٤) فى الوقت الذى منح فيه الأم البيولوجية بحق التبني، لأن الطفل المتبنى المفترض فيه ان يكون مجهول النسب أى الابوين.

كما كان ينبغى أن يكون الدافع الجوهرى لهذا القضاء الاعتراف بأن الأم صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية للطفل وأمام هذه الحقيقة البيولوجية الجلية تبرز

(١) See Surrogate Parenting Assocs., 704 S.W. 2d at 211.

(٢) See In re Adoption of Paul, 550 N.Y. S 2d 815, 818-19 (N.Y. Fam. Ct. 1990);/ In re Adoption of Baby L.J., 505 N.Y.S.2d 812, 818 (N.Y.Sur. Ct. 1986).

(٣) Surrogate Parenting Assocs., 704 S.W. 2d at 212

(٤) J.R Devich "les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation" Rev. trim.dr.civ. 1983, 723.

الحالة المدنية للطفل بعناصرها المختلفة قائمة علي أساس ثابت من العلم والقانون بما يترتب علي ذلك من وجوب الأخذ بعناصر العلاقة بينها وبينه لتكون هي عناصر حالته المدنية التي تستمر معه طيلة حياته لأن الحقائق البيولوجية لا تتغير بتغير الزمان أو بتبديل المكان.

كما كان من المفترض أن يكون هدف القضاء من هذه الوقائع التي بين يديه العمل على الحفاظ على الصالح العام وذلك بعدم النظر بالمصالح الفردية لأبطال هذه القضايا، وهذا يكون بإبطال نشاط استئجار الأرحام إذ أن وضع جسد الحامل تحت تصرف الزوجين والتزام الحامل بالإجابة بتسليم الطفل مقابل مبالغ مالية متفق عليها مقدما بالإضافة الى الاعفاء من الالتزام المادي أو بجزء منه عند وفاة الجنين، فذلك كله يجعل من جسد الحامل والطفل محلا للتصرفات القانونية، ويلقي يهما في نطاق دائرة المعاملات القانونية والمالية، ويظهر ذلك بجلاء من المقابل المادي المعروض مقدماً لإتمام العملية مما يعد مخالفة صريحة لنص المادة السابقة والتي تنأى بالجسد الإنساني عن الدخول في دائرة التجارة القانونية.

❖ قضية أخرى من الواقع العملي الحقيقي الذي خلفه استخدام الرحم:

فيما يلي حالة حقيقية لتوضيح الاختلال في تنظيم استئجار الرحم في الولايات المتحدة، في هذه الحالة هناك وكالة استئجار أرحام (الوسيط) في انديانا صنعت رأس مالها من قوانين الولايات المتضاربة.

ولاية انديانا تسمح بعقود استئجار الرحم بدون عقوبات متضمنة ضمان انتقال الحقوق الأبوية خلال التبني في حالات استئجار الرحم على الرغم من حقيقة أن انديانا تعتبر عقود استئجار الرحم باطلة. وقامت الوكالة عن طريق الانترنت بإيجاد عميل من خارج الولاية ومن ولاية لها قوانين متساهلة في استئجار الرحم.

وقام الوسيط بموافقة العميل وهو رجل عزب من نيو جيرسي (الأب المتعاقد) مع امرأة سوداء من ساوث كارولينا (الأم البديلة) مستعدة للعمل كأم بديلة.

و لم يتخذ الوسيط أي اجراءات وقائية لعرض أي من الطرفين ولم يوفر أي استشارة ولا عرض للصحة العقلية أو البدنية أو العاطفية. وسافر الطرفان إلى انديانا لتنفيذ عقد استئجار الرحم وانشاء نطاق السلطة هناك.

وظهرت التعقيدات بعد ولادة طفلتين توأم حين أظهرت التحقيقات أن الأب المتعاقد - والذي أكد على حقه في انتقال الحقوق الأبوية إليه عن طريق عقد استئجار الرحم - هو ذو شخصية موضع شك مما ألقى الضوء على قوانين انديانا المتضاربة الخاصة باستئجار الرحم والتبني^(١). وكانت المشكلة الأولى قانونية: حيث أن انديانا تسمح بعقود استئجار الرحم ولكنها أيضاً تبطل فرض العقد^(٢).

أيضاً فعلى الرغم من بطلان عقد استئجار الرحم إلا إن انديانا تسمح للأطراف في اتفاق استئجار الرحم بنقل الحقوق الأبوية خلال التبني. وعلى الرغم من ذلك لا يتم تبني طفل في انديانا إذا لم يكن الوالد المتبني مرتبطاً بالطفل جينياً يجب أن يكون مقيماً في انديانا حين كانت أبوة الفتاتين التوأم مازالت محل تساؤل قدم الأب المتعاقد محل سكنه في عنوان الفندق الذي كان يقيم فيه موقفاً من أجل ملاقة شرط الإقامة^(٣). وعلى الرغم من أن الاختبارات الجينية قد أثبتت أن الأب المتعاقد هو الأب البيولوجي إلا أن التحقيقات أثارت مخاوف من كون الأب المتعاقد مناسباً لحضانة الطفلتين المولودتين قبل الأوان. قامت حادثتان إضافيتان برفع الأعلام الحمراء.

الأولى عندما حاول الأب المتعاقد زيارة الطفلتين المولودتين قبل الأوان في وحدة العناية المركزة للمواليد وهو يحمل طائراً حياً في جيب قميصه ومرتبداً قميصاً ملطخاً بفضلات الطيور^(٤). ثم حاول الأب المتعاقد أن يأخذ أطفاله خارج المستشفى ليقود بهم إلى منزله في نيو جيرسي في حين أنهما كانا لا يزالان يتنفسان عن طريق جهاز التنفس الصناعي. وبدافع الحرص على التوأم قامت إدارة المستشفى بتنبيه وكالة سلامة الطفل إلى القضية^(٥). وأسفرت التحقيقات التالية أن

Id	(١)
Id.at 302	(٢)
Id at. 300-01 .	(٣)
Id.at 301	(٤)
.Id	(٥)

وكالة استئجار الرحم قد ملأت السجلات عشوائياً^(١). وقد كذب الوسيط بشأن محل إقامة الأب المتعاقد واصفاً تناسب غرفة الفندق الخاصة به في انديانا على أنها مؤثثة بشكل مناسب ومشيراً إلى معايير النظافة بأنها مقبولة لإحضار الأطفال من المستشفى. وقد صرح الوسيط أيضاً بأن الأم البديلة هي الأم البيولوجية و، الذي ثبت عدم صحته بعد ولادة طفلتين بيضاوتين من أم سوداء.

هنا كان دافع الوسيط الأكبر هو تسهيل الحصول على عمولة مربحة من اتفاق استئجار رحم. وقد تجاهل الوسيط دوره الأخلاقي لفحص الرجل العزب الراغب في أن يصبح أباً بدافع الاهتمام بسلامة أو صحة الأطفال الذين سيأتون كنتيجة لهذا الاتفاق. وكانت حقيقة عدم كون الأم البديلة هي الأم البيولوجية أمراً زاد في تعقيد القضية حيث أن قوانين انديانا تتطلب أن تنازل الأم البيولوجية عن حقوقها في الأطفال.

إنما في انديانا تتعامل القوانين مع المتبرعات بالبويضات على أنهم قد تخلوا عن الحقوق الأبوية آلياً.

هذه القضية توضح أن العواقب غير المقصودة للجمود من ناحية الحكومة الفيدرالية في تنظيم استئجار الرحم تجارياً هي زيادة في التصرفات المهملة من قبل وكالات استئجار الرحم ومختصين الخصوبة الذين سوف ينسلون خلال الشقوق التنظيمية. صنع بنتين توأم من أب بيولوجي غير مناسب ومتبرعة بالبويضة؛ مما نتج عنه عدم معرفة الأم وهو ليس نوعاً من التاج الثانوي الذي يجب علينا تشجيعه.

تكشف انديانا عن كيف أن قوانينها غير ملائمة للتعامل مع وسطاء استئجار الرحم والأطراف الخاصة الساعين لتلافي قوانين التبني بين الولايات باستغلال قوانين الولاية المتضاربة من أجل الربح خلال عقود استئجار رحم بين الولايات^(٢). وتلقي درايباك الضوء على هذه القضية للجدال في صالح التنظيم الفيدرالي لاستئجار الرحم تجارياً عن طريق سلطة الكونجرس لتنظيم التجارة ما

.Id

(١)

.Id.

(٢)

بين الولايات^(١). هناك علاجات قليلة جدًا للأطراف الخاصة التي تقع ضحية لمثل هذه العقود المستغلة لاستئجار الرحم حيث أن العديد من الولايات إما أنها تمنع استئجار الرحم تجاريًا أو لا توفر للأبوين المتعاقدين أي حل قانوني في حالة خرق عقد استئجار الرحم. بالمثل ففي اتفاقات استئجار الرحم الدولية تستمر محاكم الهند في رفض الفصل في قضايا استئجار الرحم ولم تقم الحكومة الهندية بسن أي قوانين لتنظيم استئجار الرحم تجاريًا ويمكن أن يُترك الأزواج الأمريكيون الذين يعتمدون على نساء هنديات كأمهات بديلات بلا أي حل إذا ما حدث أي خلاف في عقد استئجار الرحم. تذكر ذلك عندما ننظر إلى إسرائيل والتي توفر تباينًا واضحًا ونموذجًا ناجحًا في تنظيم استئجار الرحم تجاريًا.

❖ إحدى القضايا الموضحة للمنهج التعاقدي لكاليفورنيا لاتفاقيات نقل الأرحام المتناقضة: ونظرية أن تعاقدات نقل الأرحام مثل جميع التعاقدات يتم إبرامها للفائدة المتبادلة للأطراف ولدت منهج الآباء المقصودين لعملية نقل الأرحام – الأول يتضمن في كاليفورنيا – التي تقترب من نقل الأرحام بموجب تحليل التعاقد البسيط نظرا إلى نية الأطراف لتحديد أباء الطفل^(٢). وفي جونسون في كاليفرت يسعى الزوجان المتزوجان ليكونا لديهما طفل متعلق بيولوجيا وعلى الرغم من أن كريسيينا كاليفرت تعاني من استئصال الرحم فقد كانت مازالت قادرة على إنتاج بويضات فالأم البديلة (أنا جونسون) زميلة عمل والتي سمعت بمأساة الزوجين وتطوعت لتكون أم بديلة تم زرع الجنين فيها الذي تم تخليقه من حيوان منوي لمارك كاليفرت وبويضة كريسيينا كاليفرت، وافقت أنا على التنازل عن جميع الحقوق الأبوية وسيُدفع لها \$١٠٠٠ في سلسلة من الأقساط وسيكون آخر قسط بعد ستة أسابيع من الولادة. ووافقت عائلة كاليفرت أيضا الدفع بوليصة تأمين بمبلغ \$ ٢٠٠٠٠٠ على الحياة لمسز جونسون؛ لأن لديها بالفعل طفلا^(٣). وقبل ولادة الطفل تدهورت العلاقات بين عائلة كاليفرت

Id.at 306

Id. at 778

Id.

(١)

(٢)

(٣)

ومسز جونسون التي طالبت بميزان المدفوعات المستحقة أو ستقوم برفض التخلي عن الطفل^(١). وكلا طرفي الاتفاقية قاما برفع قضية في النهاية سعياً وراء الإعلان عن الأبوة. وبعد إنجاب الطفل والاختبارات استنتجت أنا جونسون كأم جينية له. وقد وجدت المحكمة ومحاكم الاستئناف أن عائلة كالفرت هم الآباء وبالمراجعة فقد نظرت محكمة كاليفورنيا العليا إلى مواد قانون الأبوة الموحد الذي تم تبنيه من قبل قانون الأسرة في كاليفورنيا.

ويقر القانون أن الأمومة تنشأ بإثبات ولادة الطفل^(٢). ومع ذلك فإن القانون يسمح أيضاً بتحديد الأمومة بشكل مشابه للأبوة عن طريق استخدام اختبار الدم لتقديم الدليل الجيني وبدون شك ومشروط لكلا الطرفين حيث أن كريسينا هي الأم الجينية، وتم إجبار المحكمة على إثبات أن كلا من أنا وكريسينا تظهران دليل الأمومة بموجب القانون^(٣).

وظهر مازق المحكمة بموجب قانون كاليفورنيا الذي يشترط أن الطفل لديه أم طبيعية واحدة فقط^(٤) وقد حكمت المحكمة بعدم الأفضلية التشريعية لإنشاء الأمومة من قبل سواء الولادة أو الجينات^(٥) ولذلك فالحاجة لتحديد فاصل العلاقة فقد حكمت المحكمة بأن القضية تم تقريرها اعتماداً على نوايا الأطراف كما هو مبين في اتفاقية نقل الأرحام^(٦). وقد حكمت المحكمة أن عائلة كالفرت، هم الآباء المقصودون بموجب شروط التعاقد لأنهم يقصدون بشكل مؤكد ولادة الطفل ويتخذون الخطوات الضرورية للتأثير على إخصاب المختبر، ومن ناحية أخرى وافقت أنا جونسون بكل بساطة لتسهيل إنجاب طفل مارك وكريسينا، والهدف من التعاقد الذي تم إبرامه بحرية من جميع الأطراف هو جلب طفل مارك وكريسينا إلى العالم ليس لأن مارك وكريسينا منحوا البويضة الملقحة لأنا للتربية على حسابها الخاص^(٧). ومن ثم فبدون النوايا الأولية والاتفاق مع أنا فإن الطفل غير موجود وقد استخلصت المحكمة إنه على الرغم من أن قانون الأبوة

(١) johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 789(Cal. 1993).

(٢) Id. at 780 (citing Cal. Civ. Code s7003(1)).

(٣) Id. johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 781(Cal. 1993).

(٤) (Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776, 782(Cal. 1993

الموحد يقدم طريقتان لإشهار الأمومة. عندما لا تتصادف الوسيلتان في امرأة واحدة، فهي التي تقصد في إنجاب الطفل، وهي التي تقصد في تحقيق ولادة الطفل الذي تقصد في تربيته كابنها وهي الأم الطبيعية بموجب قانون كاليفورنيا. ❖ القضايا الخاصة بشذوذ حالات نقل الأرحام الغير منافسة:

لا يمكن ضمان الحفاظ على أهداف الأطراف والفوائد المتبادلة لعملية نقل الأرحام كما تم تصوره من قبل محكمة كاليفورنيا إذا لم يتم التأكد من جميع الأطراف أن التعاقد يمكن، وسيتمكن تطبيقه^(١)، والنتائج غير المؤكد يجعل التعاقد أقل قيمة لكلا الطرفين.، والحاجة لنموذج إداري الذاتي التطبيق لاتفاقيات نقل الأرحام هي الأكثر ظهورا في الحالات التي فيها تبطل المحكمة تعاقدات نقل الأرحام في حالات نقل الأرحام غير الموافق عليها.

ومثلا في حالتين ما قبل بيبي إم من متشيجين فقد أبطلت المحكمة اتفاقيات نقل الأرحام غير الموافق عليها. وفي ١٩٨١ طلب من محكمة الاستئناف في متشيجن في ديو في كيلي لإعلان هذه الأقسام غير الدستورية لقانون تبني كاليفورنيا الذي يمنع تبادل الأموال أو اعتبار آخر متعلق بالتبني والإجراءات المتعلقة. والنظرية لإبطال هذه الأقسام هي إنهم ينتهكون حق الآباء المقصودين لخصوصية. ٢٥٦٤ بما في ذلك حق الحمل وإنجاب أطفال^(٢) وفي هذه الحالة يستأجر الزوجان أما بديلة لحمل الطفل المصور من بويضة الأم البديلة ومني الزوج عندما يكون لدى الزوجة ربط الأنابيب وكانت غير قادرة على الإنجاب^(٣). وكانت سكرتيرة الزوج ترغب في التلقيح بمني الزوج وتحمل أي طفل ناتج لوضع شروط والموافقة على تبني الطفل من قبل الزوجين، واتفاقية نقل الأرحام اشترطت أن البديلة ستحصل على \$٥٠٠٠ بالإضافة إلى النفقات الطبي، وأقامت المحكمة أن حالة التبني لا تتداخل مع الحقوق الدستورية

(١) kerian, (citing Richard A. Posner, the Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood, 5 j. contemp.health L.& pol'y 21,23 (1989)).

(٢) Doe v. Kelley, 307 N.W.2d 438,439(Mich. Ct. App.1981).

(٣) Id. at 440

للزوجين للخصوصية والإنجاب^(١). وبرهنت المحكمة أن القانون محل الموضوع لا يمنع بشكل مباشر من امتلاك طفل كما هو مخطط في اتفاقية عملية نقل الأرحام لكن يمنع المدعين من الوضع في الاعتبار ما يتعلق باستخدامهم لإجراءات تبني الحالة.، وقد منعت المحكمة العليا في الولايات المتحدة المعايير^(٢).

وبعد أربع سنوات رفضت محكمة متشيجن العليا في سيركوساي في أبل يارد - بدون مواجهة صلاحية اتفاقية نقل الأرحام - منح أمر بنوة للأب البيولوجي للطفل المولود لأم بديلة. وهذا الأمر يسمح للأب بالتأكيد على أبوته؛ لأن قانون الأبوة في متشيجن يشترط أن الطفل المولود للسيدة الملقحة صناعيا المتزوجة يتم علاجها لجميع الأغراض كطفل زوجها^(٣). ومع ذلك لهدف صريح من الخضوع لهذا القانون فيقوم زوج الأم البديلة على شهادة عدم الموافقة على التلقيح الصناعي^(٤). والأب البيولوجي والزوجة لديهما تحفظ مادي على الطفل، والأم البديلة وزوجها يتعاونان باستمرار بمجهودات مضيئة للحصول على أمر محكمة بالاعتراف بالأبوة، وفي الواقع فإن الأم البديلة المدعي عليها ترد على الشكوى عن طريق الاعتراف بادعاءات الأب المدعي وتنضم لطلبه للراحة.

وقدمت الأطراف بشكل مشترك أمر موافقة مقترح للأبوة وقد حكمت المحكمة العليا بأن المحكمة لديها اختصاص وتمد الحبس على الرغم من القاضي ٢٥٧ منح حركة النائب العام للحكم السريع ومبرهنا أن الراحة التي يتم

Id. at 1441 (١)

Doe V. Kelley, 459 U.S.1183(1983). (٢)

Syrkowski V. Appleyard, 362 N.W.2d 211,212 (Mich1985). (٣)

Christine Kerian notes that:

The court should have recognized the waiver of parental rights by Mrs. Appleyard. The proposed order of filiation would have allowed Mr.Syrkowski to obtain full custoday of the child and thereby avoided a violation of adoption law prohibiting consideration for the relinquishment of parental rights. by failing to grant the order, the court placed a substantial obstacle in the way of surrogacy

Syrkowski, 362 N.W. 2d atr 212 (٤)

السعي إليها تأتي وراء نطاق قانون الأبوة^(١). قرأ القاضي القانون كامتلاك الهدف المحدود لتأمين الدعم المالي للأطفال المولودة خارج نطاق الزواج. وقد رفض قراءة القانون بشكل أوسع لتقديم الراحة التي يتم السعي إليها من جميع الأطراف لاتفاقية نقل الأرحام لأنه يشعر أن القيام بذلك سيجيز اتفاقيات نقل الأرحام على عكس البوليصة العامة^(٢).

واللاحق لببي إم في إن ري ادويشن أوف بول قامت محكمة نيويورك بإبطال التنازل بالتزكية للحقوق من قبل الأم البديلة^(٣). وقدمت اتفاقية نقل الأرحام للتلقيح الصناعي للأم البديلة من خلال الأب المقصود عندما تكون الأم المقصودة زوجته غير قادرة على الحمل^(٤) فالزوج والأم البديلة هما فقط أطراف التعاقد، والاتفاقية تشترط بدفع \$ ١٠٠٠٠ للأم البديلة عند الولادة والتنازل عن التحفظ على الطفل، وذكرت الاتفاقية أن الدفع كان للنفقات وليس للموافقة على التنازل عن الطفل للتبني، واشترطت الاتفاقية أيضا أن الأم البديلة ستنتهي جميع الحقوق الأبوية المتعلقة بالطفل وليس لديها الحق في زيارة بعد ولادة الطفل^(٥) واعترفت الأم البديلة بأن الهدف الوحيد هو في إبرام الاتفاق هو تقديم الطفل للأب^(٦) وعندما يُولد الطفل لا يتم إدراج الأب في شهادة الميلاد وتتطلب الأم البديلة من المحكمة تنفيذ الموافقة القضائية لتبني الطفل من قبل الزوجين^(٧). وبالإضافة إلى إم بببي اتخذت المحكمة القضية بمواد التسديد وحددت أن تنازل الأم البديلة سيكون مقبول فقط إذا حلفت كذبا بقبول \$ ١٠٠٠٠. وهذا سيؤكد للمحكمة أن التنازل كان طوعية بشكل حقيقي ويتم تحفيزه من اهتمامها لأفضل المصالح لطفلها وليس لوعده بمكسب مادي.

Id. at 213

(١)

Syrkowski V. Appleyard, 362 N.W

(٢)

In re Adoption of Paul , 550 N.Y.S.2d 815,819 (N.Y.fam.Ct. 1990.)

(٣)

Id. Id. At 815

(٤)

Id.

(٥)

(In re Adoption of Paul , 550 N.Y.S.2d 815,816 (N.Y.fam.Ct. 1990

(٦)

Id

(٧)

❖ نماذج من السوابق القضائية في المملكة المتحدة:

من القضايا التي عرضت على القضاء في المملكة المتحدة عام ١٩٧٨ حيث تتلخص وقائع القضية أن تم دفع المبلغ المتفق عليه مع الأم صاحبة الرحم المستأجر للقيام بالمهمة، إلا أن الأم بالرحم بعد وضع الطفل رفضت تسليمه للزوجين. وقضت المحكمة لصالحها استناداً إلى أن بقاء الطفل مع الأم بالرحم يتفق مع مصالح الطفل المختلفة^(١).

وبعد نشر تقرير لجنة Warnock عام ١٩٨٥ ولد أول طفل نتيجة للوسيلة محل البحث وتتلخص وقائع القضية في أن Mrs. Cotton في المملكة المتحدة وافقت علي عرض قدمته هيئة أمريكية متخصصة في تنفيذ الوسيلة المشار، إليها وشمل العرض دفع مبلغ من المال مقابل أداء المهمة المطلوبة وإنجاب طفل وتسليمه للزوجين في الولايات المتحدة الأمريكية. وكانت النطفة الذكرية من الزوج نفسه. ونفذ الاتفاق وتم دفع الأتعاب المستحقة.

وبعد ميلاد الطفل وافقت المحكمة المختصة في المملكة المتحدة علي تسليم الطفل إلي الزوجين في الولايات المتحدة الأمريكية. حيث رأت المحكمة أن مصلحة الطفل في تسليمه للزوجين، فالعبرة ليست بالعقد إنما بمصلحة الطفل^(٢).

وأثارت هذه الحالة اهتمام الرأي العام بسبب ما صاحبها من ظروف وارتفعت الأصوات التي نادى بتحريم الاتجار في هذا المجال، وأسفر ذلك عن إصدار قانون بتنظيم إجراءات الإنجاب من خلال الأم البديلة Surrogacy Arrangement. Act لعام ١٩٨٥ م^(٣).

وتتلخص وقائع القضية الثانية في أن الأم البديلة تسلمت مبلغاً مالياً من الزوجين مقابل أداء المهمة، وتم تحرير عقد بذلك، وقع عليه من الأطراف المعنية، وبعد الوضع رفضت الأم تسليم الطفل وتمكن الزوج من الحصول علي

The human body and the Law, Duvid. W. Meyers, P. 64

(١)

.Medicai Law, Ian Kennedy and Andrew Grubb, P. 715

(٢)

Doctors, patients and the law, Clare Dyer, 96

(٣)

أمر من المحكمة بتنفيذ العقد، ففرت الأم بالرحم (البديل) إلى ولاية فلوريدا، إلا أنه تم القبض عليها وأجبرت علي تسليم الطفل للزوج وحينما وصلت الدعوى إلي المحكمة العليا في نيو جيرسي أكدت المحكمة أن العقد يتعارض مع القوانين التي تمنع التعامل مع الأطفال بمقابل بما يفيد بيع الأطفال وفي ذات الوقت قررت المحكمة أن العبرة بمصلحة الطفل فقد تبين للمحكمة أن الزوجين تتوافر لهما الأمانات المالية والثقافية والاجتماعية والصحية لتنشئة الطفل علي الوجه السليم بخلاف الأم البديلة فلا تتوافر لها ذات الأمانات فالعقد يمكن فسخه كما ذكرت المحكمة إذا اقتضت مصلحة الطفل هذا الأجراء^(١).

موقف القضاء الأمريكي من المنازعات الاخلاقية والمعنوية المترتبة عن قضايا استئجار الأرحام:

- وهناك المنازعات ضد نقل الأرحام لأسباب أخلاقية ومعنوية مثل تلك المتعلقة بالأسباب القانونية التي تعود إلى كل من عملية ايجار الأرحام بالتبرع ايجار الأرحام التجاري خصوصا. وبعض المحاكم يعتقدون بأن تعاقدات نقل الأرحام تهين المرأة بشكل عام^(٢). وتأكيدا على ذلك ما ذهبت اليه محكمة نيو جيرسي في بيبي "M" إنه إذا لم تفهم النساء نقل الأرحام بشكل سلبي، كما انهم يرونها على إنها الفرصة التي لا تقلل من إمكانية تدمير نساء أخرى^(٣).

والمعارضون أيضا يجادلون بأن تعاقدات نقل الأرحام ستكون بطبيعة قهرية لأنه يجب إعطاء موافقة نهائية قبل أن يكون للأم فرصة الارتباط بالطفل الذي تحمله والقيام بأي موافقة ولا طوعا حقا ولا علما^(٤). وقد حكمت المحكمة في ري بيبي "M" أن أي قرار بعد عملية ولادة الطفل خاضع لالتزام تعاقدية موجود مسبقا وتهديد قضية ودافع الأجر والحالات الأقل هي التطوع كلية^(٥).

(١) الإخصاب خارج الجسم، ص ٤٢ وما بعدها، الهندسة الوراثية والأخلاق، ناهد حسن سليمان، ص ١٧٨، آراء في الإنجاب الصناعي، علي طنطاوي، ص ٤٤٨ وما بعدها.

(٢) In re Baby M, 537 A.2d 1227, 1250 (N.J. 1988)

(٣) Id.

(٤) Id

(٥) Id. At 1248

الجدل الاول: يرون أنه يجب أن تكون التعاقدات تبرعية

وهناك رأى يرى أن تعاقدات نقل الأرحام المدفوعة ليست جبرية بشكل خاص وضغط النساء على التخلي على حقوقهن المحتملة الإلزامية، عندما يدخل التعاقد حيز التنفيذ بسبب احتياج مالي كبير. ولذلك فإن معظم البدائل سيدات فقيرات أو نساء ذوات بشرة ملونة^(١)، وقد حكمت بعض محاكم الدولة إنه من أجل تجنب تطور فئة المربين^(٢)، فتعاقدات نقل الأرحام يجب أن تستبعد أي حافز مالي للأم البديلة للتأكد من إنه لا يوجد ضغط مالي يجعل المرأة التي من المحتمل أن تكون عضو فئة ضعيفة اقتصاديا للعمل كرحم بديل^(٣). تعتبر اتفاقية نقل الأرحام عديمة الضمير إذا كانت تحت إكراه وغير معلومة كلية وغير ممثلة بمستشار قانوني.

وقد حدد المؤيدون لعملية نقل الأرحام بأن تعاقدات نقل الأرحام تعتبر طوعية بشكل دقيق؛ لأنه يتم القيام بها قبل الحمل^(٤) ويتطلبون المشاركة الطوعية والنشطة للبديل لتكون حامل^(٥). وبالإضافة إلى ذلك فإن معظم عمليات نقل الأرحام تمضي قدما بشكل روتيني نحو النهاية المرغوبة من قبل جميع الأطراف في البداية المرأة التي تحمل الأطفال والتي تساعد الزوجين اللذين ليس لديهما أطفال لتحقيق رغبتهما لطفل متعلق بهما بيولوجيا^(٦) ومع ذلك حكمت محكمة كاليفورنيا في جونسون في كاليفورنيا أن إعلان تعاقدات نقل الأرحام القابلة للتنفيذ تحرم الآباء المقصودين التي تكون وسائلهم فقط هي إنجاب طفلهما من المخزون الجيني الخاص بهم^(٧).

-
- | | |
|---|-----|
| Id | (١) |
| Id | (٢) |
| R.R. v. M.H., 689 N.E.2d790,796(Mass1998) | (٣) |
| Johnson v. Calvert, 851p.2d776, 784(Cal. 1993) | (٤) |
| I owe this observation to my colleague at southwestern law school, Professor Tracy Truner | (٥) |
| Surrogate Parenting Assocs. v. Commonwealth, 702.S. W. 2d 209, .214 (Ky.1986) | (٦) |
| Johnson ,851p.2dat 785 | (٧) |

وقد حددت محكمة كاليفورنيا في جونسون في كالفرت أيضا أن أي منازعة أن المرأة التي لا توافق بشكل صريح أو ذكي، لتحمل أو لتلد طفل للآباء المقصودين تحمل أصوات منطق عدة قرون مُنعت فيها المرأة من الحصول على حقوق اقتصادية متساوية والحالة المهنية بموجب القانون^(١)، وقد حددت المحكمة أن لإعادة بعث هذه النظرة هي كل من حبس الاختيار الشخصي والاقتصادي على طرف الأم البديلة^(٢) وحكمت محكمة جونسون أن:

على الرغم من أن الشعور العام يقترح أن ذات الوسائل الأقل يعملن كأمهات بدائل أكثر مما يفعلها النساء الثريات. ولا يوجد دليل أن تعاقدات نقل الأرحام تستغل النساء الفقيرات بدرجة كبيرة أكبر من الحاجة الاقتصادية عموما التي تستغلن عن طريق حثهن لقبول العمالة الأقل أجرا أو غير المرغوبة^(٣).

الجدل الثاني: ..

البعض يجادل بأن عملية نقل الأرحام تجعل الأطفال سلعة، مراقبة المنازعات القانونية حول بيع الأطفال التي تم مناقشتها سابقا، بعض النسويين يشجبون عملية نقل الأرحام كخلق منتج يمكن بيعه وشراؤه في السوق^(٤)، ويجادل المعارضون أيضا أن عملية نقل الأرحام تقلل من قيمة الحمل والطفل الناتج نفسه، ويعارض المؤيدون بأن الآباء المقصودين هم مجرد بدائل مدفوع لهم لخدماتهم مع تحديد أن لرغبة عميقة للآباء المقصودين لإنجاب طفل، والطفل لن يتم حمله أبدا^(٥) وفهم هذه النقطة حتى نهايتها المنطقية، فقد قام جونسون روينسون بالجدال بأن في سياق تربية الأطفال في عائلة تتكون من آباء من نفس

Id (١)

Id (٢)

Id (٣)

(citing Margaret J.Radin, Market-Inalienability, 100 Harv. L.Rev. 1849, 1930-32(1987); (٤)

Johnson v. Calvert, 851p.2d776, 782 (cal.1993) ('[T]he child would not have been born but for the efforts of the intended parents [T]he intended parents are they first cause, or he prime movers, of the procreative relationship.') (Quoting Hill, What Does it means to be a 'parent'? The claims of Biology as the basics for parental rights, 66N.Y.U.L.Rev.353, 415(1991). (٥)

الجنس ، فلا يوجد دعوى التي يتم ضررهم بها ببساطة ؛ لأنهم ولدوا فيما يدعي البعض ليكونوا أقل من الظروف المثلية ، والأطفال محل الموضوع لن يوجدوا إذا لم يتم جلبهم في العالم من خلال استخدام الفنون^(١).
الجدل الثالث:

يتمركز حول تأثير عملية نقل الأرحام على المصالح النفسية للأم البديلة والآباء المقصودين والطفل. وتشير كاثرين دي لاير إلى الدراسات التي تظهر أن البدائل يشهدون فترة من الحزن والأسى بعد التخلي عن الطفل^(٢). وبالتأكيد فإن حالة بيبي إم تجادل من أجل هذا الاقتراح العام^(٣). ومع ذلك فبعض النسويين والمحاكم يناقشون التأكيد على أن البديلة لديها الحق في اتخاذ القرار وتكون محفزة برغبة لمساعدة الآباء المقصودين أن يكون لديهم طفل والذي سيكون محبوبا بشكل عميق. ورفضت محكمة كاليفورنيا في جونسون بشكل مشابه حجز الخيار الشخصي والاقتصادي على طرف الأم البديلة ولحرمان الآباء المقصودة من ما تكون، وسائلهم الوحيدة لإنجاب طفل من مخزونهم الجيني الخاص^(٤).

والنتائج النفسية السلبية لعملية نقل الأرحام يتم تصنيفها أيضا بشكل مثير كشيء مؤثر حتى على الآباء المقصودين. وربما يحدث ذلك بشكل ظاهري إذا رفضت البديلة التنازل عن الطفل وإنهاء حقوقها الأبوية^(٥) أو تحاول إنشاء حقوق التحفظ أو الزيارة ويجادل آخرون بأن ٢٥٢ عملية نقل أرحام ته دد المصلحة طويلة الأمد في المجتمع لمنع العائلة التقليدية^(٦) ويجدون أن تقديم طرف ثالث -

Id (١)

surrogate anna Johnson simirlarly asserted that "psychological harmmay result from the gestator's relinquishing the to whom she given birth. "johnson ,851p.2d at 784. (٢)

See in re baby M,537 ,A.2d 1227 (N.J 1988). (٣)

Johnson ,851 P.2d at 785 (٤)

J. See In re Baby M, 537 A.2d 1227, as a worst case example (٥)

Surrogate Parenting Assocs. v. Commonwealth, 704 S.W.2d 209, 216 (Ky. 1986) (Wintersheimer, J., dissenting). (٦)

الأم البديلة - في العائلة النووية (ينحرف جوهريا ويهدد مفهوم العائلة التقليدية)^(١).

ومع ذلك تظهر الدراسات على نتائج ترتيبات نقل الأرحام أن جميع - لكن القليل - من قضايا ترتيبات الأم البديلة تذهب بنعومة مع جميع الأطراف المرضية بارتباطهم^(٢). حتى إذا تفتت ترتيب نقل الأرحام فإن الحفاظ على العائلة التقليدية لم يعد نقاش حيوي ضد نقل الأرحام، حيث يظهر التعداد السكاني الأخير أن في عام ٢٠٠٠ فمن ١٠٤، ٧ مليون أسرة تم إحصائها من قبل مكتب التعداد السكاني الأمريكي فإن ٥٥، ٣ مليون منهم فقط يتكونون من زوجين متزوجين، ومن ١٠٤، ٧ مليون أسرة فإن نسبة ١٤، ١ في المئة فقط يتم تمثيلهم من قبل العائلة النووية (زوجان متزوجان بأطفالهم)^(٣) وأخيرا فأي إحباط يشعر به الآباء المقصودون لا يختلف عن هؤلاء الآباء المتوقعين المتبنين إذا كانت الأم المنجبة غيرت رأيها.

وأخيرا يجادل معارضو عملية نقل الأرحام إنها ليست في مصلحة الأطفال. وأوضحت محكمة بيبي إم إمكانية وضع الطفل بدون الوضع في الاعتبار مصالح الطفل^(٤) لأنه لا يوجد اقتراح أبسط أنه لن يتخذ أي سؤال في أي وقت لتحديد ملائمة الآباء المقصودين كأباء تحفظ أو التأثير على الطفل في عدم المعيشة مع الأم الطبيعية. وبالإضافة إلى ذلك إذا ظلت البديلة مجهولة فإن الطفل سيعاني من ضرر نفسي عن طريق محاولة التعرف على هوية البيولوجية.^(٥)

ومع ذلك وفي جونسون دعمت المحكمة ختامها بأن الأم المقصودة هي الأم الطبيعية بموجب قانون كاليفورنيا عن طريق رفض منهج أفضل المصالح الذي يحفز المعارضة. وقد أكدت المحكمة أن:

-
- | | |
|---|-----|
| .Id | (١) |
| 632 (Md. 2007).، 932 A.2d 571، Conaway v. Deane | (٢) |
| In re Baby M، 537 A.2d 1227، 1242 (N.J. 1988). | (٣) |
| .Id. at 1248 | (٤) |
| Johnson v. Calvert، 851 P.2d 776، 782 (Cal. 1993) | (٥) |

يشير هذا المنهج الشبح البغيض للتدخل الحكومي في الأمور التي تورط مفاهيمنا الجوهرية للخصوصية وتشوش على مفاهيم الأبوة والتحفظ. والافتراض الضمني هو أن التعرف على الأم الجينية المقصودة كالأم البديلة التي أحيانا تؤذي الطفل. وهذه الافتراض يطل على قوانين كاليفورنيا للاعتماد التي تم تصميمها لحماية جميع الأطفال بغض النظر عن طريقة الولادة أو الحمل^(١). برهنت المحكمة أيضا أن عن طريق التعاقد الاختياري بعيدا عن أي حقوق للطفل فإن الحامل تعترف بأنضل المصالح للطفل هي ليست معها

تعليق الباحثة:

حدد العديد من العلماء أن المنازعات المعنوية والأخلاقية حول مركز نقل الأرحام تدور حول ثلاثة موضوعات أساسية:

- استغلال وإهانة المرأة وجعل الأطفال سلعة والتأثير النفسي السلبي على الأم البديلة والآباء المقصودين والطفل، ولأن عملية نقل الأرحام هي العملية الوحيدة التي تشمل طرفا آخر ثالثا فعلي وهذا الشخص دائما امرأة فمن غير المدهش أن الجدل حول قانونية وقابلية تنفيذ اتفاقيات نقل الأرحام ينعكس، وغالبا ما تُدفع من قبل المخاوف المختلفة لسياسة حركة المرأة.
- والعقيدة الرئيسية للحركة النسائية هي أن للمرأة الحق في التحكم بجسدها، كما هو معكوس في دفاع الحركة عن حقوق المرأة في الإنجاب؛ لاستخدام وسائل منع الحمل والإجهاض. مع ذلك فقد وسعت التكنولوجيا الحديثة هذه الخيارات والتي أدت بالنساء إلى الجدل سواء أن هذه التكنولوجيا ببساطة تقدم للمرأة باستخدام جسدها أو أن هذه التقدمات ببساطة تقدم للرجال طرقا إضافية للسيطرة على أجساد النساء لاحتياجاتهن الخاص.

(نموذج عقد Act) لتأجير الأرحام "٢٦٢" أحكام المنفذ تلقائيا:

قادت المشكلة في تقييم وتنفيذ اتفاقية تأجير الأرحام وحل النزاعات حول النسب لأنشاء نموذج Act لتأجير الأرحام "٢٦٢" أحكام، فقد أمل

المشرعون ان تعتمد الدول تلك الاحكام لكى تسمح للمدعين ان يتخذوا قرارات مستتيرة وللمحاكم ان تتوحد فى قراراتها^(١).

وكما سيوضح بعد فإن اعتماد النموذج الإدارى لن يكون فقط تجاه هذه الأهداف ولكن أيضا من شأنه حماية مصالح الأطفال من هذه الاتفاقية ، ومن المؤكد ان حالات تأجير الارحام بالتزكية أمدت بالحجة الاولى لأعتماد الاحكام الادارية لتأجير الارحام فى نموذج Act ، وفى الحالات الثلاث التى سبق مناقشتهم فإن المحاكم التى لا تتبع تشريعات محددة تخص تأجير الارحام شعرت بأضطرارها للتدخل فى إجراءات تأجير الارحام بالتزكية فقامت بتطبيق قوانين دولة اخرى محاولة منها تحديد الهدف التشريعى الذى يخص الرحم المؤجرة.

فى Doe V Kell . -على سبيل المثال- عللت المحكمة ان النظام الأساسى للتبنى فى الدولة لا يحظر الحصول على طفل كما هو مقرر باتفاقية تأجير الأرحام ، ولكنه يحول دون دفع الاعتبارات من قبل المدعين جنبا الى جنب مع استخدامهم لإجراءات التبنى^(٢).

وبالمثل : فى Syrkowski V Appleyard أعادت المحكمة الدستورية العليا قضية تتعلق باتفاقية تأجير الارحام بالتزكية إلى المحكمة الابتدائية وقد قرر قاضى المحكمة الابتدائية انه لا يستطيع منح الحكم بالبنوة للأب الوراثى البيولوجى للطفل المولود من رحم بديل بسبب قانون Michigan للأبوة والذى ينص على ان المولود لأمرأة متزوجة وملقحة صناعيا يعامل شأنه شأن ابن من زوجها الحالى^(٣).

ونرى ان هذا ما هو الا تطبيق لقاعدة الولد للفراش.

وفى النهاية ، أعترضت المحكمة على اتفاقية تأجير الارحام بالتزكية واعترفت بأن قرارها جاء نظرا لعدم وجود اتجاه تشريعى واضح تجاه هذا الموضوع فى الوقت الراهن ، فإن المحكمة ستنظر للقانون الذى يحكم بالتبنى

(١) 516 n.10(Ct. ، 126 Cal. Rptr. 2d 509،prato-morrison v. Doe App.2002).

(٢) Id.

(٣) (mich. 1985).، 212 ، 362 N.W.2d 211،Syrkowski V. Appleyard

عموما فضلا عن القانون الذى يحكم الولايات القضائية الاخرى بما فى ذلك قانون متشجن المطبق فى Doe V Kelley^(١).

ولقد وجد أخيرا أن النموذج الإدارى هو الترياق المثالى لمثل هذه الحالات لأنه يسمح لاتفاقية تأجير الارحام بالمضى قدما على حسب رغبة كل الأطراف وبدون تدخل قضائى ، فى المقابل فإنه يضع متطلبات صارمة من شأنها توجيه الشكل الفعلى للاتفاقية ، وتقييدا لأولئك الذين ينتفعون من الاتفاقية من اجل تجنب العواقب مثل الذى حدث فى Baby M. والمتطلبات التى تشترط فى الرحم المؤجرة ان تكون تعدت ال ٢١ من عمرها ولها ابن آخر وتتلقى عناية طبية وعقلية وقانونية ، مما يكفل ضمانا بأنها تتفهم ماهي مقدمة عليه وما إذا كانت مستعدة بالفعل وقادرة على إنهاء حقوقها الوالدية والتخلى عن الطفل بعد إنجابها ، بالمثل إشتراط ان يكون الآباء المقصودون يمتلكون إتصالا جينيا مع الطفل المولود^(٢) وان يظهروا حاجة طبية لتأجير رحم بحيث يضمن أن اى طفل مولود ينتج من هذا الاتفاق يكون مرغوب به وبشدة وبالتالي فإن تنصيب ٢٦٣ دلالة سوف تلزم الآباء المقصودين بالوفاء بجانبهم من الاتفاق ، وهو الاهم من أجل حقوق هذا الطفل.

وبدلا من التقييم القضائى لشروط الاتفاق بعد وقوعها - بل وبعد ولادة الطفل - فإن النموذج الادارى قرر البتة ما قبل الحمل والتفكير باستخدام الاتفاق ذاته ، فجعل تجريد المولود من حقوق والديه الاصليين وتحويلها جميعا الى ابويه المستهدفين وذلك يجرى فور الولادة ، مع السماح بأعتبرات تقديرية مناسبة تعطى للرحم المؤجرة ، ومن هنا فإن قوانين الدولة للتبنى أصبحت غير مسئولة ولا يمكن فى الوقت نفسه الجزم بأن اعتبارات النفع بالأقتران مع استخدام إجراءات التبنى بالدولة فتستخدم قضية التبنى لتغيير الوضع القانونى

(١) 817 (N.Y.fam.Ct. ، 550 N.Y.S.2d 815, In re Adoption of Paul (1990).

(٢) Kindregan & Snyder, ststed that this requirement may be controversial, but was included to make the administrative alternative more palatable to state legislatures. Kindregan & snyder,

للمولود^(١) ولا يمكن الجزم بأن هناك حق حماية دستورية فى المشاركة فى الترتيبات الوالدية البديلة يتعارض مع تطبيق قانون التبني^(٢)، ويحفظ أيضا النموذج الإدارى الحق فى تحمل وإنجاب الطفل^(٣) وبالتالي يجب أيضا تحديات دستورية كذلك التى نشأت فى Doe V. Kelley^(٤) وبالإضافة الى ذلك وبسبب وجود ابوة بديلة تتمثل فى الآباء "ستهدفين ككل ولا بد من تجريد الوالدين الحقيقيين من حقوقهم الوالدية تعاقديا عند الولادة مباشرة، والمحاكم لم تكن مضطرة لتطبيق تشريعات الدولة بالنسبة لأبوية الطرفين والنظر لما خلف كلمات القانون، كما فعلت المحكمة فى Syrkowski^(٥) لتحديد القصد التشريعى فى مواقف تأجير الارحام؛ لان مثل هذه التشريعات لم تأت من قبل!

وبدلا من الحاجة الى دحض افتراض أن الزوج لأمرأة ملقحة صناعيا هو بالفعل الأب الشرعى للمولود تحت أى قانون أبوى دولى كما فى Syrkowski، فإن هذا الفرض قد رد من شروط العقد نفسه والذى ينص على ان ليس فقط الرحم المؤجرة ولكن زوجها إذا كانت متزوجة عليه التخلّى عن حقوقه الابوية وتسليم عهدة هذا الطفل بمجرد ولادته^(٦).

ان النموذج الإدارى لن يحول دون الطعن فى اتفاقية تأجير الارحام ومن الوارد بشدة ان تغير الرحم المؤجرة موقفها فى التخلّى عن جنينها وتتمنى ان لا تتنازل عنه بعد الولادة كما فى Baby M. كما ان هناك بعض الاجراءات لتأجير الارحام قد تتعرض نظرا لفشل العلاقة بين الآباء المستقبليين وبين الرحم المؤجرة

Doe V. Kelley, 307 N.W.2d 438, 441 (mich. Ct. App. 1981) (١)

in re Adoption of paul, 550 N.y.s.2d at 818 (٢)

eisenstadt v.baird, 405 U.S.438, 453 (1972); see also Carey v. Population servs. Int'l, 431 U.S.678, 685 (1977). (٣)

, 307 N.W.2d at 440; see also In re Adoption of Pual. Doe V. Kelley (٤)

550 N.Y.S. at 818 (following the reasoning in Doe v.Kelley to find that "no constitutionally protected right to participate in surrogate parenting arrangements ... contravene[s] application of .New York's adoption laws)

213 (Mich. 1985).. 362 N.W.2d 211, Syrkowski v. Appleyard (٥)

703.3.3, ss 702.1, Article 7, Alterantive B.ABA Model Act (٦)

كما فى Johnon V. ومع ذلك فإن النموذج الإدارى قد ينجح فى حل النزاع القانونى الذى ينشأ بين كلا الطرفين عن طريق تضمين بنود تغطى حالات عدم الامتثال وآثره ايضا^(١) ولو حدث وان خرق أحد الأطراف أو خالف تنفيذ أحد بنود الاتفاق يحدث تدخل قضائى لتحديد البتة والحضانة والزيارة.

أوضح النموذج الإدارى ان تحديد المحاكم للبتة فى حالات الخلافات القضائية بخصوص قضايا تأجير الارحام سوف يعتمد فحسب على ادلة نوايا الاطراف جميعا^(٢).

و بالتالى فإن اعتماد هذا النموذج هو اعتماد ضمنى للنهج التعاقدى لكاليفورنيا لاتفاق تأجير الارحام المتنازع عليها والتى تحتوى بداخلها على تقرير موحد لتحديد الابوة وهذا النهج يعتمد اساس على الادراك بأن مصالح الأطفال، ولاسيما فى بداية حياتهم لابد وان لا تتعارض مع تلك التى للبالغين الذين يتولون رعايتهم وهم مسؤولون عن قرار مجيئهم لهذه الدنيا^(٣).

هذا النموذج يحل أيضا الثلاثة سيناريوهات المحتمل حدوثها فى حالة الخلاف على الابوة القانونية للطفل بحيث الاحتمال الأول ان ترفض الرحم المؤجرة انهاء حقوقها الوالدية وتطلب استعادة الطفل أو يرفض الآباء المستقبلين استقبال الطفل بعد الولادة او يحدث الموقف النادر بحيث لا يقبل كلاهما - الرحم المؤجرة والآباء المستقبلين - استقبال الطفل بعد ولادته^(٤).

أما ما يخص الحضانة والزيارات فان لها اعتبارات منفصلة والتى لابد وان تحدد على اساس كل حالة على حدة وتكون أساسا لأفضل مصلحة للطفل المولود.

فى ١٩٨٨ ، دعت محكمة نيو جيرسى للطفل المجلس التشريعى للبدأ فى التركيز على الآثار المترتبة على التكنولوجيا الحيوية والانجائية الجديدة، ودعت

708, Id. at ss 707

(١)

.Id. at s 708.2

(٢)

..Id. at s 708.1

(٣)

783 (Cal. 1993)., 851 p.2d 776, johnson v. Calvert

(٤)

أيضا الى تحديد كيفية الاستمتاع بمنافع التكنولوجيا وتقليل سوء الاستخدام على قدر المستطاع^(١).

وانتقدت فى هذا الموضوع المجلس التشريعى لا من اجل حظر بل من أجل تقييد تأجير الأرحام ، ولكن مع إنشاء قانون تأجير الأرحام ووضعها بكامله ضمن القيود الدستورية^(٢).

وفى ٢٠٠٩ ، نوهت محكمة نيويورك لتأجير الأرحام لحقيقة انه لا يوجد قوام محدد حتى الان عن تعريف الابوة والبنوة للمولود تعريف واضح وله شرعية قانونية وكيفية علاقة الاب والطفل وماهيتها فى المجتمع^(٣).

إن المشاكل التى وضحتها المحكمة كانت نتيجة للتكنولوجيا المساعدة على الانجاب وأيضا النظام القانونى الذى فشل بدوره فى توقع العلاقات التى قد تنتج من جراء استخدام هذه التكنولوجيا ، والدول أيضا المتطورة للقوانين والتشريعات حددت ست علاقات هى الحماية المتساوية العادلة والإيمان الكامل والائتمان والنموذج الاتحادى للدفاع عن الزواج^(٤).

فى نفس الوقت إن منع أو تقييد تأجير الأرحام لن يكون رادعا لهؤلاء اللذين يحتاجون لتلك العملية من اجل الحصول على طفل ، فالازواج والأفراد لن يتوقفوا عن البحث عن تلك العملية وعادة ما تكون بدون اى خلاف قانونى^(٥) ، وكما هو موضح فالعودة الى نموذج قانون البنوة أو قانون التبني لن تحل خلافاً الابوة فى حالات الأرحام المؤجرة ، والمطلوب هو تطابق بين إنشاء وتنفيذ اتفاقيات تأجير الأرحام حتى تضمن لذلك الطفل المولود حقه الشرعى الأبوى من العملية.

وأن الأهلية الصارمة والمبادئ التوجيهية الاجرائية للنموذج الإدارى تضمن افضل فرص نجاح العملية بأكملها ، بحيث ينشأ العقد أيضا تحت ركائز

Id (١)

1264 (N.j.1988).، In re Baby M.537 A.2d 1227 (٢)

Id. (٣)

678(*N.Y.sur.ct. ، 879 N.Y.s.2d 677 ، in re adoption of Sebastian (٤)
2009).

Id (٥)

معتمدة على مفاهيم واضحة كما وضحت محكمة كاليفورنيا في ان المرأة التي توافق على الإقدام على عملية تأجير رحمها ليست في تجربة لحقها في إنجاب اختياري، و لكنها توافق بذلك على أن تمد وتقدم لغيرها خدمة ومعروفا مهما بدون أية احتمالات تراجع او استثناءات في حصولها على حق بنوة المولود القادم.

^(١) ولكن ممارسة الحقوق المستقبلية تكون فقط من حق الآباء المستقبلين، كما أن ممارسة الحق في استعمال الجسد هو تماما مكفول لها عندما ترى نفسها لائقة لذلك، كلا الحقين^(٢). يستحق ان يحفظ ويجنب بعيدا عن حراس القضاء.

تعليق الباحثة:

وانطلاقا مما سبق - نرى أنه - لا يمكن التحايل عن طريق تكييف نظام طفل التبني على نظام طفل الرحم المستأجر لمجرد إلحاق الأم البيولوجية بالطفل الناتج من ثمرة هذه العملية تحت مظلة نظام التبني لأن هناك تباين واختلاف بين النظامين، وانطلاقا مما سبق ذكره نرى أن المقتن الأمريكي ناقض نفسه عندما أخذ بواقعة الولادة كحقيقة أساسية لثبوت النسب جهة الأم، في الوقت الذي منح فيه الأم البيولوجية بحق التبني؛ لأن الطفل المتبنى المفترض فيه ان يكون مجهول النسب اي الابوين.

والقصور في تجاهل الحقائق القانونية الخاصة بثبوت نسب الطفل قانوناً لأمه التي ولدته ثم التماذي في وصف ما حدث بأنه تبني كما قرره القانون. أضف إلى ذلك أن للتبني شروطاً وضوابط في القانون لا بد أن تتوافر في كل حالة يراد بها تبني طفل متخلق بموجب اتفاق وفي رأينا - كان يفترض على القضاء رفض طلب التبني بنوعيه والاهتمام بتقنين وضع المرأتين بعد أتمام عملية الإنجاب حفاظا على مصلحة الطفل الناتج من ثمار هذه العمل.

(١) delair (citation omitted);/ surrogate parenting Assocs v.

214 (Ky.1986).. 704 S.W.2d 209، Commonwealth

(٢) 787 (Cal. 1993).. 851 p.2d 776، Johnson v. Calvert

- الموقف القضائي الفرنسي المؤيد للإنجاب بوسيلة استخدام أرحام الغير:

ونتيجة لكثرة عمليات تأجير الأرحام في مختلف أنحاء أوروبا وأمريكا اتخذت هذه الممارسات شكلا استثماريا، وتراجعت المشاعر الإنسانية وحلت مكانها مصالح مادية لدى الفقيرات التي استعانت بأرحامهن كمصدر دخل دون النظر إلى ما تترتب عليه هذه الممارسات الشاذة من وجود علاقات من نوع غريب بين صاحبة الرحم المستأجر والزوجين أصحاب النطف مما يترتب عليه إنشاء علاقات قانونية لتنظيم تلك الاتفاقات القانونية التي تنتج عنها في الغالب العديد من المشكلات القانونية المعقدة وانعكس ذلك بطبيعة الحال علي القضاء الذي أصبح في حيرة مما خلفته هذه الممارسات من ورائها^(١).

ومن أمثلة تلك المنازعات التي قد تنشأ بين الأطراف المتنازع علي النسب بين الأطراف المتعاقدة فقد تمسك صاحبة الرحم المستأجر بالطفل المولود وتريد نسبته إليه فتمتنع بذلك عن تنفيذ الالتزام بتسليمه بعد ولادته مباشرة كما أن الأم الجينية نظرا لأنها لم تلد هذا الطفل فأنها لا بد وأن تلجأ للقضاء بطلب التبني له كي تلحقه بها ابنا بطريقة رسمية.

وهناك أمثلة أخرى لتلك المنازعات كما قد يمتنع في بعض الحالات الأبوان البيولوجيان للطفل عن تسلمه نتيجة عدم قدومه بالشكل الذي كان يتوقعانه أو يرغبانه كميلاده مشوها أو ناقص من الناحية الخلقية أو ليس جميلاً كما توقعا ومن ناحية أخرى.

فقد يحدث النزاع والخلاف حول تنفيذ بنود عقد إيجار الرحم فقد تمتنع المرأة التي ولدت عن تنفيذ التزامها بتسليم الطفل نتيجة امتناع الأبوين عن تسليم ما تبقي من المقابل المادي للعملية والذي قد يكون راجعا إلى عدم تنفيذ الحامل لبنود العقد خاصة الالتزام بالتعليمات المتعلقة بصحة الأم والمؤثرة علي صحة الجنين.

(١) ، (c) 1999، Aspects Juridiques de la maternite par substitution
Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie
et de la sante. Avis sur les problemes ethiques nes des techniques
de reproduction artificielle. Rapport. 23 octobre 1984

ففي دعوى عرضت علي المحكمة الابتدائية بباريس طلبت فيها زوجة الأب البيولوجي التبني الشامل للطفل الناتج عن استئجار رحم امرأة أمريكية الجنسية قضت المحكمة برفض طلب زوجة أب الطفل الذي لم يسجل باسمها وإنما سجل لأم مجهولة وأسست المحكمة حكمها علي ما في ذلك من مخالفة صريحة للنظام العام الفرنسي ومن التحايل علي قواعد القانون الدولي الخاص الذي يتمثل في طلب تبني طفل لأم أمريكية الجنسية بما يتعارض مع قواعد التبني الواردة في القانون الفرنسي

نرى أن التنازل عن الطفل بهذه الطريقة سوف يؤدي إلى إدراجه في مصاف الأشياء، فليس مقبولا أن تتنازل الأم الحقيقية للطفل عن بنوتها له، كي تنقلها لأخرى مقابل قيمة مالية من دولة إلى دولة أخرى^(١). استأنفت زوجة الأب البيولوجي للطفل هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس التي اتسم حكمها بالشمولية تجاه مسألة تأجير الأرحام^(٢)، فوضعت لها من الأسس والمبادئ التي يمكن أن تكون قاعدة يركز عليها لإطلاق إجازتها بقيود بسيطة فلو كان مقدرا لوسيلة الرحم المستأجر أن يعترف بها المشرع الفرنسي في قانون ١٩٩٤م الخاص بالإلحاح الصناعي لكانت الحجج الواردة في حكم محكمة استئناف باريس السابق والصادر في ١٥ يونيو ١٩٩٠م هي المعول عليها في نظر المشرع بإجازة هذا النظام الإنجابي.

ويمكن لنا تلخيص الأسانيد التي اعتمدت عليها المحكمة السابقة في الحكم السابق في المسائل الآتية :

(١) رفضت المحكمة طلب الزوجة البيولوجية في ١٢ يولييه ١٩٨٩ وقد سبق لهذين الزوجان الحصول علي ابن سابق من هذا الطريق وعن طريق ذات الوسيط ومن نفس الأم الحامل سنة ١٩٨٤ وحصولا بالفعل علي التبني الكامل لهذا الابن مما دفعهم من منطلق الرغبة في ألا يكون الطفل وحيد دون أخ، علي إجراء هذه الوسيلة مرة أخرى. جريدة القانون الدولي رقم ١٩٩٠٤، مشار إليه في د/ رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

Edelman (B) not sous: C., A de paris. 15 juin 1990 "J.C.P 1991 – II- 21633. P. 1070.

(٢) لعرض المزيد من الاسانيد، راجع د/ طارق ابو حوه المرجع السابق ص ٢٢٣

١- الحق الطبيعي في الإنجاب حق مشروع:

فالإنجاب بوسيلة الأرحام المستأجرة- في نظر المحكمة - هي إحدى الطرق المشروعة للحصول علي الذرية فمن ناحية فليس فيها تغيير لحالة الطفل المدنية لأن تبني الأم زوجة الأب البيولوجي للطفل جاء بعد تنازل الأم الطبيعية عن كافة حقوقها القانونية الواردة علي الطفل كما أن هذا التنازل صدر وتم بعد عملية الولادة وليس قبلها وبإقرار التبني الشامل تستقر الحالة المدنية الجديدة للطفل مع أمه التي تبنته لاسيما وأن هذه الأم هي زوجة أبيه الجيني الحقيقي مما يساعد علي ثبات حالة الطفل المدنية التي تؤثر ولاشك علي استقرار حالته النفسية والاجتماعية. لا يمكن مصادرة حق الأفراد في تكوين الأسرة الطبيعية التي يحلم بها كل شخص ولا يجوز منع الأفراد ممارسة حقوقهم الطبيعية بدعوى مخالفة ذلك للنظام العام الفرنسي واستناداً إلى كون وسيلة الإنجاب باستئجار الأرحام تؤدي إلى المساس بحالة الأفراد بنقل أنسابهم لآخرين وتغيير أسمائهم وما يترتب علي ذلك من الآثار.

٢- الأمومة بالإنابة لا تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد الإنساني ولا تجعل الطفل في عداد الأشياء:

فليس في استئجار الأرحام مساس بحرمة جسد الأم الحامل وليس فيها ما يندرج به الطفل في عداد الأشياء ويقطع بانتفاء ما سبق من ادعاءات تهدف لإثبات عدم مشروعية الوسيلة الاتفاق المشروع الذي يرمي إلي إيلاج الذرية وتكوين أسرة وهو من الحقوق الطبيعية كما ذكرنا، كما أنه بموجب ما صدر من تشريعات أجازت نقل وزراعة الأعضاء فإن جميع الاتفاقات التي يكون محلها جسم الإنسان تصبح في ضوء ذلك مشروعة مادام أن ممارستها لا يكون لأهداف تجارية بل لدواعي إنسانية ويعقود تبرعية.

٣- لا يجوز الاحتجاج بمخالفة التنازل عن الطفل في النظام العام للقانون الفرنسي لأن القانون الأمريكي يجيز ذلك:

فإذا كان النظام العام في القانون الفرنسي يتعارض مع التنازل الصادر من الأم الحامل إلى المرأة الطالبة للتبني، فإن ذلك يمكن تجاوزه لما سبق من اعتبار التوالد حقاً طبيعياً لا يجوز تجامله خصوصاً أن التشريع الأمريكي في الولاية التي

تم فيها الاتفاق علي بتود الحمل بالإنابة يسمح بإجراء هذا التنازل عن المواليد من الأم الحقيقية لغيرها، لذا فقد لزم في ضوء ما سبق إهمال فكرة النظام العام الفرنسي عن طريق التخفيف من حدتها إزاء هذه الحالة القانونية التي نشأت في أحضان القانون الأمريكي الذي يميزها ويقتصر الأمر في ظل القانون الفرنسي علي ترتيب الآثار تلك الحالة القانونية السابقة، وفي ذات التوجه القضائي السابق إلى مد نطاق تسلط الأفراد علي أجسامهم بالاتفاق علي وسيلة الحمل البديل ذهبت بعض المحاكم في أمريكا^(١) إلى القضاء بأحقية الأم البيولوجية في ضم الطفل الناتج عن عملية حمل لحساب الغير مغلبة بذلك الاعتبار البيولوجي علي علاقة الحمل والوضع بين الأم والجنين واعتمادا علي مشروعية الأعمال الهادفة إلي تحقيق الحمل بين زوجين مهما كانت الوسيلة المتبعة في تحقيق هذه الغاية السامية التي لا يعلوها غاية في مجال الحياة الأسرية والاجتماعية.

تقدير هذا الاتجاه القضائي:

- مخالفة الأسانيد المبني عليها الحكم لنصوص القانون الفرنسي:

نرى أن هذا الاتجاه قد جانبه الصواب بمخالفته لنصوص القانون الفرنسي على النحو التالي :

نص القانون المدني الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان الصادر في ١٩٩٤/٧/٢٩ م علي مبدأ حرمة الجسم البشري فجاء في المادة (١/١٦) أن لكل فرد حق في احترام جسمه وجسم الإنسان حرمة كما أن الجسم البشري وعناصره لا يمكن أن تكون محلا لحق مالي فهذه المادة تعتبر عبثا حقيقيا عن فلسفة المشرع الفرنسي التي ترمي إلي منع كل تعد علي كرامة الإنسان وضمان احترام الكائن البشري من لحظة ميلاده^(٢).

هذا النص يناقض المبدأ الذي اعتمدت عليه المحكمة في حكمها السابق من حيث الأمومة بالإنابة لا تتعارض مع مبدأ حرمة الجسد الإنساني ولا تجعل

(١) J.R Devichi J.R Devichi، Op. Cit، p.1510.

(٢) ، J.C.P، H. BYK: La loi relative au respect du corps humainmm
p. 3788، no. 39، Ed. (1994) G

الطفل في عداد الأشياء اغفل هذا الاتجاه في إفساد معنى الأمومة كما فطرها الله في الوقت الذي استغل البعض بصورة استثمارية مما يناقض معنى الأمومة التي عظمتها الشرائع وناطت بها أحكاما وحقوقا عديدة، وذلك لا يكون من مجرد بويضة أفرزها مبيض امرأة ولقحها حيوان منوي من رجل وإنما تتكون من شئ آخر بعد ذلك هو: الرحم والغثيان والوهن طوال مدة الحمل.. هو التوتر، والألام والطلق عند الولادة.. وبعد الولادة تتولد مشاعر واحساس تربط بين الأم والمولود وتكون بمثابة لاسلكي يتم البث من خلاله بمتطلبات المولود التي يحتاجها من الأم التي ولدته ولو علمت الأم البيولوجية قبل الشروع في هذه العملية بأن المولود المنتظر سوف تولد معه هذه المشاعر المقترنة بجسده تجاه الرحم المستأجر المتمثل في الجسد الذي يحمله لما أقبلت على هذه العملية.

كما أن اللجوء إلى مثل هذه الوسيلة سوف يؤدي إلى تشتيت المشاعر عند الطفل بعد الإنجاب هل سيكون ولاؤه لصاحبة البويضة أو للتي حملته وأرضعته من ثديها؟ مما قد يعرضه لهزة نفسية عنيفة إذ أنه لن يعرف إلى من ينتمي بالضبط أمه البيولوجية أم أمه بالرحم والإرضاع إذا كمل معها رحلة الإرضاع من ثديها؟

- التباين بين مصالح الطفل بالتبني والطفل بالرحم المستأجر:

أغفل هذا الاتجاه النصوص القانونية المتعلقة بالنسب وبشروط تبني الطفل وهي أن يكون الطفل عند تبنيه مفتقدا لأبويه البيولوجيين، أي أننا نكون أمام حالة اجتماعية وجدت بالفعل متمثلة في الطفل اليتيم وهذا بعكس الطفل الناتج من عملية الرحم المستأجر فالحالة الأولى في الغالب لن يتولد عنها مشاكل من جهة الأسرة المتبنية للطفل اليتيم لعدم وجود أبوين له بالفعل أما الطفل الناتج من علاقة الرحم المستأجر والأبوين البيولوجيين^(١) سوف يتولد في الغالب عنها النزاعات التي قد تكون خاصة بالعقد أحيانا بالتسليم الطفل بعد الولادة.

(١) J.R Devich، "les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation" Rev. trim.dr.civ، 1983، p. 723. ،.

وكذلك أغفل هذا الاتجاه نصوص القانون المتعلقة بالتبني عندما اقترن بين تأييد الأمومة بالرحم على تأييد المشرع الفرنسي لنظام التبني تعويض الطفل الذي حرم من أبويه بأسرة تتبناه وما قصده المشرع الفرنسي ، مما سبق يتحقق بنفس القدر في حالة الأمومة البديلة وذلك بمنح طفل الرحم المستأجر للأم الجينية.

الموقف القضائي الفرنسي المعارض للإنجاب بواسطة استخدام الرحم لصالح الغير:

بعد عرضنا للرأي القضائي المؤيد للوسيلة موضوع الكتاب ونتيجة لزيادة المشاكل والمنازعات الناتجة من جراء ذلك صار هناك صراعات بين الطوائف الاجتماعية والدينية ويات متوقعا اتجاه القضاء الذي يدعمه موقف الفقه لرفض هذه الحلول الإيجابية للعقم المتعارضة بشدة مع نصوص القانون ومبادئ حرمة جسد الإنسان

وسنقوم بعرض لبيان الحجج القانونية التي اعتمد عليها المعارضون من الفقه والقضاء الفرنسي لوسيلة استئجار الأرحام.

كما أن من الدوافع الجوهرية لهذا القضاء المؤيد وكما تصورنا ونراها ، كما يراها البعض في ذلك هي مصلحة الطفل المتولد بتلك الطريقة في أن يحيا في ظلال أبويه الجينيين فيجب الاعتراف بأن الأم صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية للطفل وأمام هذه الحقيقة البيولوجية الجلية تبرز الحالة المدنية للطفل بعناصرها المختلفة قائمة علي أساس ثابت من العلم والقانون بما يترتب علي ذلك من وجوب الأخذ بعناصرها العلاقة بينها وبينه لتكون هي عناصر حالته المدنية التي تستمر معه طيلة حياته ؛ لأن الحقائق البيولوجية لا تتغير بتغير الزمان أو بتبديل المكان.

استناد الاتجاه المعارض لتلك التقنية على السوابق القضائية:

وفي ظل احتياج الأمر إلى دعوى مستقلة يناقش فيها أمر المشروعية فقد حدث ذلك بالفعل ليتسنى للقضاء دراسة هذا الأمر بصفة مستقلة ففي ظل كثرة الجمعيات المنظمة لنشاط العمل لحساب الغير وتزايد عددها في فترة وجيزة تم التفكير في إنشاء جمعية جديدة يكون الهدف منها ليس ممارسة نشاط الحمل بالإنابة فحسب بل يمتد نشاطها إلى تنظيم هذا النشاط الإنجابي بين الجمعيات

القائمة علي ممارسته خاصة التوفيق بين المصالح المتعارضة والناجحة من تبني طوائف من هذه المؤسسات فكرة الدفاع عن مصالح الحوامل بالإنابة واتجاه الآخر منها للدفاع عن مصالح الزوجين الراغبين في الحمل بهذه الطريقة.

وبالفعل قد أنشئت هذه الجمعية في مارسيليا عام ١٩٨٥ م معلنة عن نشاطها السابق الذي يعد أساس إشهارها والذي يتمثل في التوفيق بين الأمهات الراغبات في الحمل البديل والزوجات المصابات بالعقم^(١). لكن هذه الجمعية أرادت لحسم مشكلة اختلاف قيمة المقابل المادي للمرأة الحامل بين الجمعيات المنظمة لهذا النشاط وفي الأوساط التي يمارس فيها أن تحدد قيمة مالية ثابتة له تضمن التوازن بين الإمكانات المادية للأفراد في المجتمع الفرنسي وبين التكلفة الفعلية لمشروع الحمل البديل مضافاً إليها المقابل الخفي الذي تحصل عليه الحامل والذي يمثل الدافع الأساسي لها كي تؤدي مهمتها الإنجابية وأعلنت هذه الجمعية بذلك أن هذا المقابل يتحدد جزافياً بمبلغ ما بين ٥٠ إلى ٦٠ ألف فرنك فرنسي للمرة الواحدة من حالات الحمل بالإنابة وخوفاً من الانتقادات القانونية أو الأخلاقية التي يمكن أن تنال الإعلان عن المقابل المادي بهذه الكيفية وصفته جمعية مارسيليا بكونه مكافأة جزافية للحامل مقابل الخدمة الإنسانية الجليلة التي قامت بها من مساعدة أسرة عقيمة^(٢).

في غضون ذلك لم يقتنع النائب العام بما أعلن من الجمعية لما رأي فيه مخالفة شديدة لمواد ١١٢٨ ، ٢/٣٧٦ ، ٩/٣١١ من القانون المدني الفرنسي ، والمادة ١/٣٥٣ من القانون العقوبات الفرنسي لذا فقد حرك ضدها دعوى كانت من نصيب محكمة مارسيليا يطلب فيها حل نشاطها لما سبق من مواد^(٣) ويعرض لنا بعضاً من الفقه هذه المخالفات القانونية بشقيها المدني والجنائي مع توضيح وجهة نظر كل من النائب العام وجمعية الحمل البديل بمرسيليا وكذلك الفقه

(١) Michele Harichaux ، "L'assurance maternite et le maternite par substitution" RTDSS 1985. P554.

(٢) د/ رضا عبد الحليم ، المرجع السابق ، ص ٣٨٨.

(٣) أنظر حكم محكمة مارسيليا الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٨ م ، مجلة جازيت دي بالية ، ٣٠ يناير ١٩٩٨ م ، ص ٩٦. وقد أيد الحكم في الاستئناف بتاريخ ٢٩ أبريل ١٩٩٨ م ، الأسبوع القانوني ، ١٩٨٩ م ، ٢ ، رقم ٢١١٩١ ، تعليق : Pedorot.

الفرنسي الرفض لهذه الوسيلة ليتبين لنا من كل ما سبق مدى التوفيق الذي نال قضاء محكمة مرسيليا في حكمها بحل هذه الجمعية لما في نشاطها من مخالفة الآداب العامة والقوانين المدنية والجناائية وكذلك قضاء بعض المحاكم الأخرى التي قضت بعدم مشروعية حمل الغير والذي تم تأييده من محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك وذلك دون الإسهاب في تناول هذا الأمر منعاً للتكرار والإطالة كالآتي:

١- مخالفة المادة ١١٢٨ م.ف والمتعلقة بحظر التصرف في الجسد الإنساني لكونه يقع خارج دائرة المعاملات القانونية:

أستند النائب العام إلي هذه المادة لإبطال نشاط الأمومة بالإنابة إذ أن وضع جسد الحامل تحت تصرف الزوجين والتزام الحامل بالإنابة بتسليم الطفل مقابل مبالغ مالية متفق عليها مقدما فذلك كله يجعل من جسد الحامل والطفل محلا للتصرفات القانونية ويلقي بهما في نطاق دائرة المعاملات القانونية والمالية ويظهر ذلك بجلاء من المقابل المادي المعروض مقدماً لإتمام العملية مما يعد مخالفة صريحة لنص المادة السابقة والتي تنأى بالجسد الإنساني عن الدخول في دائرة التجارة القانونية.

بينما ذهبت جمعية مرسيليا إلى أنه ليس هناك في وسيلة الأمومة بالإنابة أي مخالفة للمادة ١١٢٨ م.ف فهذا العمل الإنساني المقدم من المرأة الحامل عن غيرها العقيم لا يمكن بأي حال وصفه بأنه نوع من التصرف في الجسد أو التصرف في الطفل يجعلهما يدخلان في نطاق المعاملات القانونية لأن القانون نفسه ويدافع النبل والإنسانية سمح بالتصرف الصريح في أعضاء جسد الإنسان ونتاجاته كالدم الإنساني وأمتد الأمر إلي السماح بتداول النطف الإنسانية دون معارضة أي جهة ، فلم الاعتراض علي الانتفاع بالرحم البديل فترة من الزمان هي مدة الحمل والسماح بشكل مطلق بنزع الأعضاء الأدمية من المتبرع طيلة حياته رغم أن كل من الأعمال السابقة تشترك في صفة الطابع الإنساني لإجرائها ، كما أنه لم يقل أحد في ذات الوقت بحظر نقل الأعضاء لمساسها بحرمة جسد الإنسان ، فلماذا إذا وصف الحمل بالإنابة بأوصاف لم تطلق علي غيره من التداخلات الأكثر خطراً والأعمق أثراً علي المساس بجسم الإنسان.

طعنت جمعية مرسيليا بطريق النقض علي حكم محكمة مرسيليا الذي قضى بحلها لبطلان نشاطها واجهت محكمة النقض أسباب الطعن المتعلقة بقصور الحكم في التسبب فيما يتعلق ببيان أوجه مخالفة نشاط الجمعية للنظام والآداب مكررة ما سبق من مخالفة نشاط هذه الجمعية للمادة ١١٢٨ م.ف، لأن المهام التي حملتها الجمعية علي كاهلها تجعل من الإمكانات الإنجابية للمرأة الحامل بالإنابة ومن الطفل المتولد من جراء الاتفاق علي الحمل فيه من الغير نوعا من الأشياء الموضوعة تحت تصرف الآخرين مقابل مبالغ مالية، وهذا لاشك يصور العملية بأسرها بأنها من المسائل الداخلة في نطاق المعاملات القانونية التجارية مما يعد مساسا بجسم الحاملة، وتصوير للطفل علي نحو يتعارض بجلاء مع المادة السابقة^(١).

٢- مخالفة المادة ٩/٣١١ م.ف والمتعلقة بحظر التصرف في حالة الأشخاص :

اعتمد النائب العام علي مخالفة تلك الجمعيات لنشاطها المتمثل في الأمومة بالإنابة لنص المادة ٩/٣١١ م.ف والتي تحظر عدم التنازل عن دعاوى الحالة والبنوة؛ لذا فإنه تقع باطله كافة الاتفاقات المؤدية إلي التنازل عن الدعاوى الخاصة بالنسب والبنوة سواء المتعلقة بإثباته أو بنفيه، ويشمل ذلك ولاشك اتفاقات الحمل البديل التي تتنازل الأم الحامل بموجبها مقدما عن وليدها وقبل ميلاده. بينما دفعت جمعية مرسيليا هذه الحجة بأن الأم بالإنابة لا تقدم إلا مساعدة إنسانية للأسرة العقيم، هذه المساعدة تبدأ بالحمل وتنتهي بالولادة كأمر بديهي لنوع المساعدة التي تقدمها، وهي لا توقع من منطلق ذلك علي أي التزامات أو تعهدات قانونية تلتزم فيها بالتنازل مقدما عن بنوة ونسب الطفل بل ولم يخطر ببالها مطلقا التمسك بهذا الطفل؛ لأنها تعرف جيدا أنه ليس بولدها وإنما تقتصر علاقتها بالأم الجينية علي هبتها هذا الحمل دون التطلع إلي التمسك بالطفل فكيف إذا تنازل عما هو ليس من حقها في الأصل. وحين طعن بالنقض أيدت محكمة النقض حكم محكمة مرسيليا لما في الأمومة بالإنابة من الاتفاق الذي

(١) Seriaux (Alain) – "note sous la cour de cassation 13 dec 1989، J.C.P، 1990، 21526.

يهدف إلى تغيير حالة الطفل المدنية مقدماً ، وذلك عن طريق نسبته إلى غير أمه والاتفاق على ذلك مقدماً يعني التنازل كذلك مقدماً عن دعاوى الحالة المتعلقة بينوة هذا الطفل من الأم البديلة للزوجين اللذين فرضا عليها ذلك ويعد ما سبق تعارضاً صارخاً مع المادة ٩/٣١١ م.ف^(١).

٢- مخالفة المواد القانونية المتعلقة بقواعد وأوضاع التبني بهدف التحايل لإلحاق الطفل للزوجين بموجب هذه القواعد:

ذهب النائب العام إلى أن نظام الأمومة بالنيابة يهدف إلى التحايل الصادر من جميع الأطراف ، بهدف إلحاق بنوة الطفل للزوجين بموجب قواعد التبني التي يختلف الأمر فيها عن الأمومة البديلة ، فالتبني يفترض عدم المعرفة المطلقة للأفراد الذين ينتسب اليهم الطفل المرغوب تبنيه ، لكن في الأمومة بالإنابة يعلم جميع الأطراف من هي الأم التي حملت في الطفل ورغم ذلك تقدم الأم الجينية على تقديم طلب قضائي لضم الطفل إليها عن طريق تبنيها له ، وهذا من قبيل التحايل الصريح على القواعد الأساسية لنظام التبني. وحتى لو لم يتم معرفة الأم البديلة نظراً لاختفائها أو إخفائها ، فذلك لا يقل عما سبق في اعتبار هذه الطريقة الإنجابية ضرباً من ضروب التحايل وطريقة للاتفاق حول قوانين وقواعد التبني ؛ بهدف إلحاق طفل لغير أمه دون مراعاة لقواعد القانون ودون اعتبار لغاياته التي يبتغيها^(٢).

أما جمعية مرسيليا فقد استندت في نفي التحايل الثابت على نشاطها في الإنابة بالحمل إلى القواعد المتبعة في بنوك النطف والبويضات والتي لا يوجد في الأوساط القانونية أو الاجتماعية الآن من يرفضها إلا القليل والثابت في تعاملات هذه البنوك أن حالة العقم التي تستعين بعينة منوية لإتمام الحمل من خلال هذه البنوك لا يجوز لأطرافها العقيم والمتبرع أن يبحثوا عن البنوة الحقيقية للطفل يستوي في ذلك حالة التبرع بعينة منوية أو ببويضة. فمما يقرضه البنك على الراغبين في الحصول على عينة وراثية منه وكذلك الراغبين في التبرع بموادهم

(١) Seriaux (Alain), OP. Cit, p.21526.

(٢) أنظر حكم محكمة مرسيليا الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٨٨م ، مجلة جازيت دي بالية ، ٣٠ يناير ١٩٩٨م ، ص ٩٧.

الوراثية لدوافع إنسانية الالتزام الواجب علي كل أولئك بعدم التعرض لبعضهم البعض في مسألة البنوة والنسب.

فلماذا لا يعد الاتفاق المبرم بين المركز والمتبرع بإيداع الأخير نطفة لدى الأول ؛ كي يعيد المركز التنازل عنها لعقيم بموجب اتفاق آخر لما لا تعد كافة هذه الاتفاقات باطلة نظرا لتحاييلها علي قواعد البنوة بإلحاق طفل لغير أبيه أو أمه أو لكونها تخالف المواد القانونية التي تحظر تغيير حالة الطفل المدنية أو تلك التي تحظر التنازل مقدما عن الدعاوى المتعلقة بالحالة والبنوة والنسب. أليس كل ما سبق من مخالفات متوفر بنفس القدر في الاتفاقات المنصبة علي المواد الوراثية بهدف الحصول علي ولد لن ينسب لأبويه الحقيقيين رغم أن الغاية من السماح من جانب السلطات الفرنسية لهذه المراكز كي تبأشر نشاطها السابق هي ذات الغاية التي يهدف إليها نظام الحمل البديل وهي مساعدة أسرة علي الإنجاب فلماذا إذا الاعتراض فقط علي الأمومة بالإنابة؟

وقد أقرت محكمة النقض حجة ٦/٤٠١ ، العام ومن بعده استناد محكمة مرسيليا إلي التحايل علي قواعد التبني وذكرت في سبيل تأييد ذلك بطلان الأمومة بالإنابة لكون هذا النظام يؤدي إلى خلق حالة تبني وتصويرها بشكل إرادي يخالف الحقيقة الواضحة المتجسدة في أمومة الحامل عن غيرها ، وإلحاق الطفل لأمه البيولوجية التي لا تظهر إلي الواقع إلا بعد الميلاد مطالبة بتبني الطفل الذي تعرف عن حقيقة ميلاده كل شئ فهذا النظام الإنجاب ي يعتبر بذلك من قبيل الاتفاق علي تبني الطفل مستقبلا وقبل ميلاده أي تعمد إيلاج طفل وبترو العلاقة بينه وبين أمه منذ لحظة ميلاده مما يعتبر شكلا من أشكال التحايل غير الأخلاقي الذي يخالف بشدة النظام القانوني للتبني.

٤ - مخالفة هذا النظام للمواد: ٦/٤٠، ١/١٠٠، ١/٣٣٤، ٦، ٤/٣٤٥، ١/٣٥٣ من قانون العقوبات الفرنسي:

وقد استند النائب العام إلي واحدة من المواد السابقة وهي المادة ١/٣٥٣ ع.ف خاصة الحالة الثانية منها ، والتي تجرم النشاط الذي يذهب فيه الجاني إلي الحصول علي موافقة الوالدين أو أحدهما المسبقة بالتنازل عن الطفل الذي سيولد ، كما أن حالتي التجريم الآخرين يمكن أن تنطبقا علي هذا النشاط وهما

التحريض للوالدين أو أحدهما علي التنازل عن طفليهما علي نشاط الحمل بالإنبابة الذي تقوم الجمعيات القائمة علي ممارسته بالحصول علي الموافقة الكتابية للمرأة علي إتيان فعل التنازل ، وذلك بإغرائها بالمقابل المادي لحملها وتنازلها عن الطفل وأخيراً فإن في نشاط الجمعية نوعاً من التوسط لتبني طفل ؛ لأن المقصود من كافة هذه الاتفاقات هو الالتفاف حول أحكام قانون التبني لأن اتفاق الحمل بالإنبابة هو كما ذكرنا تعمد توليد طفل بقصد تبنيه أو أنه اتفاق علي تبني سابق علي الميلاد.

وقد واجهت جمعية مرسيليا هذا الاتهام بقولها أنه لا توجد أية موافقة كتابية تؤخذ علي الحامل بالإنبابة يقصد منها التنازل عن الطفل بل أنه عمل أنساني تقوم به وهي تعلم تماماً بأن الطفل المتولد ليس بوليدها فلماذا توقع علي التزامها بالتنازل عن طفل وهو ليس طفلها في الأصل.

وبالفعل كان ذلك هو مسلك واتجاه بعض المحاكم فعلي سبيل المثال قضت محكمة استئناف (Pau)^(١) بتأييد الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية برفض طلب الطبي الكامل لزوجين سلكا سلوك الإنجاب بنظام الأم البديلة حيث قررت محكمة الاستئناف في بداية حكمها بطلان الاتفاق الذي يمسى الأمومة بالإنبابة لكن بالنظر إلي جسامة الأضرار التي سوف تقع علي الطفل قضت المحكمة بترتيب آثار هذا الاتفاق من حيث الموافقة علي تبني الطفل من زوجة أبيه رغم الاعتراف السابق بطلان هذه الاتفاقات بشكل مطلق. وقد سلكت محكمة النقض مسلكاً موحداً تجاه هذه الوسيلة ، ففضلاً عن تأييدها لحكم محكمة مرسيليا القاضي بحل جمعيات ومكاتب الوساطة للحمل البديل وإبطال هذا النشاط غير المشروع علي المستوى المدني والجنائي فإنها قد رددت نفس الحجج وسلكت نفس المسلك حينما طعن أمامها في الأحكام الصادرة بالتبني والرافضة له وكذلك الأحكام الراضية للأمومة البديلة والأحكام المؤيدة لها ، ففي كل ما سبق من أحكام واتجاهات قضائية اتخذت محكمة النقض وجهة واحدة هي إقرار عدم

(١) C.A.de PAU، 19 fer، 1991-11-P.980،not: virginie la Brihan. larnayre.

مشروعية هذا النظام الإنجابي غير الأخلاقي مع تأييد الحكم بالتبني أو إلغائه، بالنظر إلى توفر مصالح الطفل من عدمها مع دراسة كل حالة علي حده^(١).
رأى الباحثة :-

بداية نحن نؤيد الرأي المعارض لهذه التقنية كما أننا نرى - أن هناك فرقا بين أعضاء جسم الإنسان المقصود التبرع بها والتي سمح القانون بتداولها وبين منتجات الجسد الإنجابية كما ادعت جمعية مرسيليا كما أننا نرى - أن المشرع الفرنسي جانبه الصواب عندما اغفل في إسدال وصف قانوني على المنتجات التناسلية، مما جعلها تتساوى في الوصف مع باقي منتجات الجسد الإنساني^(٢).

وردا منا - على موقف جمعية مرسيليا بشأن تحديد الاصل الجيني الابن الناتج من الرحم المستأجر فعلى أى أساس حددت أن الابن الناتج من جراء عملية استئجار الرحم ليس ابنا لصاحبة الرحم، حتى الآن يوجد تضارب في آراء العلماء حول مسألة انتقال مورثات من عدمه إلى الطفل المتخلق جراء هذه العملية هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تبرر جمعية مرسيليا بأن هذه العملية تتم بدافع المساعدة للأسر العقيمة نرى أن هذا الكلام غير منطقي من المرأة التي تعرض نفسها لمثل هذه العملية، وربما تؤدي بحياتها للخطر مقابل عمل أنساني، فهذا كلام غير مطابق للواقع الذي نعيش فيه، لأن الدافع الوحيد للجوء المرأة لإيجار رحمها هو المقابل المادي الذي يدفع بها إلى بيع ما بداخل أحشائها.

كما نرى أن المشرع الفرنسي جانبه الصواب عندما سمح للمرأة التي تريد استعارة نطف منوية من بنوك النطف والأجنة لتخصيب نفسها لرغبتها في الإنجاب، وناقض نفسه في الوقت الذي أبطل فيه تصرف المرأة التي تستعين رحما للإيجار من امرأة أخرى للحمل نيابة عنها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد مبرر جمعية مرسيليا مقبولا عندما تعللت بلمباذا الحظر والمنع من مباشرة عمليات الإنجاب باستخدام الأرحام المستأجرة وعدم المعارضة عند

(١) Terre' (F):- "note sous la cour de cassation, 31 mai 1991", J.C.P, 1991, 2, 21752.

(٢) Seriaux (Alain), OP. Cit, p.21526.

الخضوع للقواعد المتبعة في بنوك النطف والبويضات والتي لا يوجد في الأوساط القانونية أو الاجتماعية الآن من يرفضها إلا القليل.

أى أنه نرى من وجهة نظرنا بالنسبة إلى الشق الأول أن المشرع عندما عارض فكرة الإنجاب عن طريق الاستعانة باستئجار أرحام وضع هذه المعارضة أو الحظر فى قالب مرن، يمكن أن يتشكل ويتبلور ويخرج منه استثناءات لأهواء الغير.

وهذا من وجهة نظرنا لن يؤدي إلى النتيجة المرجوة بل على العكس سوف تزيد المنازعات القضائية بشأن هذه العملية لاقتصار المشرع على بطلان الحمل بطريق الإنابة فقد بل كان يجب عليه تعميم جميع الطرق التي يستعين فيها بالغير سواء أكان الغير ممثلاً فى صورة رحم مستأجر أو نطف أدمية ، وأيضاً لعدم وجود قواعد صارمة جزائية وتقنين جنائي من خلال نص قانوني يجرم هذه الوسائل بالنسبة للأفراد هذا بالإضافة إلى وضع تعويضات فى صورة غرامات على جميع الجمعيات ومكاتب الوساطة التي تدير وتسهل مثل هذه العمليات بشرط أن يصل تقدير هذه الغرامات المالية إلى ما تكسبه هذه الجمعية خلال عشرون عام تقريبا وبهذا تكون عقوبة رادعة ويضمن المشرع عدم لجوء الأفراد لمثل هذه العمليات وذلك بتضييق الألفاظ التي يلجأ من خلالها إلى تلك الوسائل. وجدنا أنه يؤخذ على القانون الفرنسي حيث إنه اقتصر أفعال التجريم على شركات ومؤسسات الوساطة دون أطراف العلاقة مما يجعله حل المشكلة سطحيًا ويمكن أن يباشر فى الخفاء ، لأن دور هذه المؤسسات ينحصر فى تقابل الأطراف ببعضهم وهذا الدور يمكن الاستغناء عنه.

فالحل البديل الذى نوصى به المشرع الفرنسي توحيد التقنيات التي تجرم هذه الوسيلة الرامية التي تؤدي إلى الإنجاب ذو الثمرة المشتة مثلها كمثلية ثمرة مهجنه احتار الفرد فى معرفة هويتها أو اسمها بنص قانوني رادع حتى لا يدعى البعض كجمعية مرسيليا وادعاها السابق ذكره فى شأن معارض القضاء ممارسة الإنابة فى الحمل ، ولم يعارض الإنابة فى استخدام النطف الموضوعة فى بنوك لا يعرف هوية أصحابها بل ومحظور متابعة معرفة الأصل الجينى للعينة لذلك.

الفصل الثالث حكم نقل عضو الرحم

تهديد:

لا شك في أن حق الإنسان في حماية جسده^(١) من الحقوق المعمول بها في قواعد الأخلاق والدين والقانون.. فهل يحق له السماح لغيره بالنقل أو الانتفاع بجسده أو بعضه من أعضائه كالرحم مثلا سواء ان كان هذا بالتبرع أو بالمعاوضة وبناء على اتفاق فقهاء القانون على مبدأ معصومية الجسد الإنساني وخروجه عن دائرة التعامل بالتالي لا يصلح بأن يكون الجسد الإنساني محلا للعقود والاتفاقات لذلك أضفى القانون الحماية على جسد الإنسان ضد أى عمل من شأنه المساس بهذا الحق. ولكن هناك بعض الاستثناءات، وذلك حفاظا على المصلحة العامة^(٢).

بالرغم من أن مبدأ حرمة جسم الإنسان ليس مطلقا، إلا أن ذلك لا يرجع إلى أن الفرد يجوز له التخلي عنه بموافقته للعمل غير المشروع. فالقدرة على اتخاذ قرار الموافقة هي الأخرى مقيدة. لذلك كانت قدرة الإنسان على التصرف في جسده وما زالت وفقا للقوانين الحالية مقيدة إلى أبعد مدى فلا عبثة برضا صاحب الشأن بالأفعال التي من شأنها المساس بحرمة الجسم وسلامته إلا إذا

(١) ويذكر استاذنا الدكتور / محمد حسين منصور في النظرية الحديثة للفقيه دابان لتعريف الحق .. الحق هو استئثار يثبت للشخص على قيمة معينة على سبيل التخصيص والانفراد " ويقصد بالاستئثار اختصاص شخص بمال أو قيمة معينة، والاستئثار يحقق المصلحة المقصودة وليس المصلحة ذاتها كما يقول سيادته أن المصلحة هي هدف الحق وليست هي الحق ذاته، كما أنه لا يوجد ارتباطا بين الاستئثار بالقيمة وبين الانتفاع بها، وهناك عنصر التسلط وهو نتيجة ملازمة للاستئثار ويقصد بالتسلط ما يكون لصاحب الحق من سلطة، تطبيقا لما سبق يمكن تعريف الحق في المساس بالسلامة الجسدية على أنه: -

استئثار الشخص بحظر المساس بسلامة الجسد سواء بإرادته المنفردة أو للغير حتى يتمكن من الانتفاع بتكاملة الجسدي الذي خوله له الله وهو صاحب الحق كي يظل مؤديا لوظائفه الطبيعية في ظل الحماية القانونية.

(٢) حيث يصرح القانون في بعض الأحيان بإمكانية المساس بسلامة جسم الشخص دون توقف على رضا صاحب الشأن لأسباب تقتضيها حماية الجماعة وحماية الإنسان معا، مثال ذلك حالات التطعيم ضد مرض وبائي، كما هو الحال الآن في H1N1، Swin flu

كانت لضرورة مشروعة تقرها النوانين كالعلاج مثلاً. أو لإتقاذ حياة شخص آخر من الموت دون تعرض سلامة الجسد للخطر.

ولما كانت الأعمال الطبية كالتعامل على الأرحام محلها أعضاء التناسل فقد كان من الطبيعي أن نتناول مدى جواز حق الإنسان في التصرف في جسده بنقل عضو الرحم منه للغير أو بكين الغير بالانتفاع بعضو من أعضائه قامت حكومات الدول بسن تشريعات خاصة لحماية جسد الإنسان وفرضت هذه الحكومات قوانين مشددة وعقوبات تطبق على من يعتدي على هذا الحق الذي منحه - الله عز وجل - لنا لأن الله كرمه فلا يجوز ابتذاله أو ابتذال جزء منه. ولذلك اجتمعت القوانين على رأى واحد ألا وهو أن الإنسان لا يجوز التعامل عليه لأنه لا يصلح أن يكون: ملا للتعامل لخروجه أصلاً عن دائرة التعامل كما سبق وأن ذكرنا، وهو صاحب المنفعة على جسده إذ يقول الله تعالى: **لَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا^(١)**

من خلال رؤيتنا عن الموضوع هناك أسئلة تطرح نفسها إذا كان للإنسان حق على جسده فهل له أن يتصرف عليه بموجب هذا الحق؟ كنقل المرأة لرحمها الى جسد امرأة أخرى تحتاج الى هذا الرحم سواء أكان هذا النقل بمقابل أو بدون مقابل، ويضاف إلى ذلك، هل يجوز لها السماح لغيرها بالاستفادة من المساس الذى قد يقع على جسدها؟ وإذا سلمنا بذلك فما هو التكييف القانوني للمنتج التناسلي لجسدها؟

هذا ما سنوضحه من خلال دراسة التكييف القانوني للمنتج التناسلي لجسد الإنسان فى البحث الاول ثم لطبيعة العلاقة عند نقل عضو الرحم من امرأة الى أخرى وهذا من خلال تناولنا للمبحث الثانى.

المبحث الأول

التكييف القانوني للمنتج التناسلي لجسد الإنسان

إن التطور العلمى الذى يشهده مجال الإخصاب الصناعى فى الوقت الحالى جعل الأطباء يبدؤون الكثير من الجهد لمقاومة أمراض العقم التى يتعرض

(١) النساء - ٢٩

لها جسم الإنسان سعيا للمحافظة على الإنجاب. ولما كانت السلامة الجسدية لجسم الإنسان هي من مقتضيات التقدم ومواكبة متطلبات الحياة فإن الحقيقة التي أثبتتها المفردات العلمية لعلم الطب أن هذا الأخير تجاوزت حدوده التصرفات الطبية التقليدية بحيث تحول إلى معالجة الكثير من الأمراض المسببة للعقم بطرق علاجية حديثة مثل عمليات نقل الرحم وزرعه في امرأة أخرى وعمليات الإنجاب الصناعي التي تتيح للزوجين نقل نطفهما في رحم آخر غير رحم الزوجة عند وجود خلل فيه وهو ما يسمى والرحم الظئر) الذي يعتبر آخر صيحات العلم الحديث.

و بهذا فقد أحدث التطور الطبي في العصر الحديث صحوة علمية كبرى حول مشروعية التصرف في نقل الأعضاء التناسلية عامة ونقل الرحم خاصة وهو صلب موضوعنا الذي سنتناول إن شاء الله تعالى - وخصوصا إزاء النجاح الفائق الذي وصلت له عمليات نقل الأعضاء التناسلية وعمليات استئصال الأرحام وغير ذلك من العمليات الخطيرة وغير مألوفة على الصعيد الطبي.

كل ذلك أدى إلى تطويع هذا الجسم البشري لكي يكون مجالا خصبا للتعامل على الأرحام بهدف علاج العقم وإزاء هذه المخاطر التي تهدد مبدأ حرمة الكيان الجسدي حرص القانون على حماية الإنسان فلم ينظر إليه على أنه صاحب الحق في هذا الجسد وإنما نظر إليه نظرة قانونية محضة لحمايته مدنيا وجنائيا في كيانه المادي والمعنوي ، حتى ولو تطلب الأمر حماية الشخص ضد تصرفه على جسده.

ولما كان الطب يقدم الوسائل العلاجية والحل لمشكلات العقم والقانون يقدم المسار الصحيح لكي لا تقع هذه التصرفات تحت طائلة المسؤولية سواء كانت مسؤولية جنائية أو مدنية ، حتى لا يكون هذا التقدم الطبي على حساب إهدار حقوق الإنسان. فنحن نقرأ كثيرا في هذه الأيام عن أرحام للإيجار وأرحام للبيع. هذه المشاكل وغيرها التي تنتج عن إباحة التصرف في أعضاء الجسم الإنساني يجب التصدي لها ومقاومتها بحزم حتى لا تتفاقم ، وذلك لا يكون إلا بمثل هذه البحوث التي تضع الإطار السليم لممارسة هذا العمل.

ومما لا شك فيه نجد أنه من الضروري أن نلقى الضوء على هذا الموضوع الذي مازال يتداول في الخفاء حتى في الأوساط الطبية ذاتها، رغم أن الكثير من المؤسسات الصحية التي تقوم بممارسة مثل هذه العمليات قد رخص لها القانون ذلك. ولهذا فأن اهتمامنا في هذا الموضوع ينصب في إطار تحديد مشروعية عمليات التصرف في جسم الإنسان الذي وضع أمامه ناقوسا للخطر على من يقترب منه والذي تظله الحرمة والقداسة بظلالها لتحدد لنا حدودها وأطرافها القانونية، وحتى لا تخرج هذه العمليات عن إطار المشروعية القانونية التي رسمت لها، لا بد من تكليف العناية الفائقة لرجال القانون، وذلك لمواكبة التطورات الطبية من تقدم طبي هائل في نقل عضو الرحم من جسم شخص حي أو ميت إلى شخص آخر حي "عقيم"، وذلك كي ينتفع به هذا الأخير في حياته، وكذا مسألة إستئجار الأرحام التي أثارت الكثير من الجدل.

المطلب الأول

افراد منتجات الخلايا التناسلية عن باقي منتجات الجسد الإنساني

خصصنا دراسة هذه الجزئية كي توضح لنا مسألة مدى امكانية تصرف الام بالرحم في النطف التي تحملها بداخلها بناء على الاتفاق المبرم بينها وبين باقي اطراف العلاقة بأعتبار أن هذه النطف تندرج ضمن مصاف المنتجات التناسلية وكذلك اصحاب النطف ذاتهم اى مدى امكانية نقل نطفهم واستئصالها من اجسادهم ووضعها في جسد آخر هذا من ناحية ومن ناحية اخرى معرفة الفرق بين امكانية تسلط افراد العلاقة بين الجنين اثناء وجوده داخل الرحم وبعد خروجه منه... وخاصة ان الفقه الامريكى فرق بين الاتفاق المبرم بين اطراف العلاقة قبل البدء فى اجراءات الحمل وبين مرحلة ما بعد الولادة كما اعطى للمرأة الحامل فترة زمنية لاعادة التفكير قبل تسلم المولود لأبويه البيولوجيين.

مما هو جدير بالذكر يتكون الحق الوارد عليه سلامة الجسد الإنساني من المحافظة على مادة الجسم التي تشمل الكيان المادي لجزئيات وعناصر أجهزة الجسم وأعضائه وما تحويه وتتكون منه سواء أن كانت منتجات متجددة أو غير متجددة.

المحافظة على الأجهزة والأعضاء للقيام بوظائفها المقررة لها وتتساوى جميع أجهزة الجسم وأعضائه في هذا الحق لأن جزئيات الجسم متكاملة علي النحو الذي خلق الله عليه الإنسان. فإذا فقد الإنسان جزءا من هذه الأجزاء اعتبر ذلك إخلالا بالتكامل الجسدي الذي يجب أن تكون عليه أجهزة وأعضاء الجسم. ويعد هذا الإخلال مساسا لسلامة الجسد^(١).

تتساوى أعضاء جسم الإنسان في الحماية مهما كانت الآثار التي ترتب عليها الإيذاء بمادة الجسد ومهما كان الأثر المتبقي من جراء هذا العبث، كما أنه لا يشترط أن يترك المساس بالتكامل الجسدي الآثار تستمر وقتا طويلا فقد لا يستمر إلا لحظات^(٢).

وأخيرا يتبين لنا أن صحة الجسد تتمثل في احتفاظ الجسد بمادته متكاملة وهو حق الفرد كي يستطيع أن يؤدي كافة وظائفه الطبيعية على أكمل وجه، وكذلك أيضاً حق المجتمع في التكامل الجسدي للإنسان حتى يقدر على تأدية الالتزامات التي عليه تجاه المجتمع.

ويعد هذا البيان يجدر بنا توضيح أثر خصوصية منتجات الخلايا التناسلية الإنسانية بالمقارنة بباقي منتجات جسم الإنسان مما يجعلنا نبحث في ماهيتها هل هي تندرج تحت وصف الأشياء أم تحت طائفة الأشخاص، وليبان تحديد الطبيعة القانونية للمنتج التناسلي الإنساني، نجد أن بعض الفقه اعتبر النتاج التناسلي يصنف تحت مسمى الأشياء بينما ذهب البعض الآخر إلى أن النتاج التناسلي الإنساني يشبه نظام الأشخاص؛ لذلك فقد بات لازماً أن نتناول هذين الرأيين:-

أولاً: تصنيف المنتجات التناسلية لجسد الإنسان ضمن الأشخاص:

يرى أصحاب هذا الرأي بمائلة نطفة الأمشاج بالأشخاص بالإضافة إلى إضفاء الكائنية الإنسانية الكاملة عليها مما، يؤكد لهم أن جميع مراحل حياة الإنسان تتمتع جميعها بفكرة أنه لأفرق بين البيضة المخصبة في أي مرحلة كانت

(١) د/ محمود نجيب حسني - الحق في سلامة الجسم - مجلة القانون والاقتصاد ص ٥٤٢
(٢) د/ محمود نجيب حسني - الحق في سلامة الجسم - مجلة القانون والاقتصاد ص ٥٣٩.

عليها وبين أى مرحلة عمرية للإنسان، وهذا الرأي يتفق مع الاتجاه القانوني القائل بأن الحياة الآدمية تبدأ منذ الإنجاب، علاوة على ذلك أن المعتقدات الدينية المسيحية لدى كثير من الناس فى أوروبا تنادى باحترام الحمل الإنساني منذ اللحظة الأولى لوجوده.

أيد القانون الفرنسي اعتبار الجنين إنسانا وليس شيئا وذلك على اعتبار أن مبدأ حرمة الجسد الإنساني غير قابل للتجزئة أو التغيير، فلا جدال أن البويضة الملقحة والجنين بالتالى من الناحية العضوية والحيوية لا يمكن اعتباره شيئا^(١) وقد نص القانون الفرنسي الخاص باحترام جسم الإنسان الصادر فى ١٩٩٤/٧/٢٩ على مبدأ حرمة الجسم البشرى فجاء فى المادة ١/١٦ أن " لكل فرد حق فى احترام جسمه والجسم الإنسان حرمة كما أن الجسم البشرى وعناصره لا يمكن أن تكون محلا لحق مالى فهذه المادة تعتبر إعلانا حقيقيا عن فلسفة المشرع الفرنسي التى ترمى إلى منع كل تعد على الكرامة الإنسان وضمان احترام الكائن البشرى من لحظة ميلاده"^(٢).

وجدير بالذكر يتفق أصحاب هذا الرأي مع القاعدة الرومانية *Infas conceptus* حيث تنص تلك القاعدة على ثبوت الشخصية القانونية للجنين^(٣)، يرى بعض الفقه أن يسرى التناقض على القول بأن الجنين يتمتع بالجمع بين صفتين متناقضتين وهما أن يكونا محلا للحق فى نفس الوقت الذى يكون مالكا فيه، علاوة على ذلك أن يكون الإنسان شيئا قبل أن يكون شخصا^(٤).

(١) راجع هذه الآراء:

C. NEIRINCK, *L'embryon humain au la question en apparence sans re'ponse de la bioe'thique*, *petites Affiches* 9 mars 1998, p.4 -

(٢) Fagot -Largeault et Genevie've- Delaisi "Les droits de L' embryon (foetus) humain et la notion de personne humain potentielle", *Revue de me'taphysique et de Morale*, 1987, n3.

(٣) BYK C La recherché sur l' embryon humain -jcp ed. G 96,1, (٣) 3949.et, *L'embryon jurisprudentiel*, *Gsz.pal*, 24/10/1997, p. 46.

(٤) د/ حبيبة سيف سالم راشد الشايبى النظام القانونى لحماية جسم الإنسان ص ٢٧، ويمكن التدليل على حرمة البويضة الملقحة وحققها فى التمتع بالحماية القانونية أيضا من =

ويرى هذا الاتجاه أن وصف التناقلي بالأشياء يفضي إلى إجازة بيعها وأن التسليم بإمكانية التصرف فيها بالبيع يؤدي إلى الإثارة العديد من المشكلات يصعب التغلب عليها، بالإضافة إلى مخالفة ذلك للمبادئ العامة في القانون ذلك أن الإنسان ليس له علي جسده حقوق ذات طبيعة مالية حتى يمكن القول بوجود حق ملكية له علي نطفة الآدمية.

اعتمد هذا الاتجاه علي إضفاء الأهمية للنطف الآدمية وذلك لما تحمله من صفات وراثية، مبررا في اختياره لأدريجها تحت طائفة الأشخاص، وإبعادها عن مظلة الأشياء مقررًا أن النطف الآدمية تعد مرحلة وسطى ما بين طائفة الأشياء وطائفة الأشخاص، ولكنها تدنو ناحية الثانية وتبعد عن مضمون الأولى، لمسئوليتها عن التناقلي الإنساني^(١).

ويؤيد هذا الاتجاه ضرورة وضع قواعد قانونية خاصة تتناسب مع الطبيعة المتميزة للنطف المسئولة عن التناقلي الدمى والتي ميزتها عن قريناتها من المنتجات الإنسانية التي تفتقد الخصوصية المؤهلة لها كي يوصي بإفراد نظام خاص لحمايتها أو التعامل عليها^(٢).

خلال مالبته الطب الحديث مؤكدا علي أن حرمة الحياة مقررة في الاسلام كما هو معروف وينسدل هذا علي الجميع، إلا أن بعض الاقدامين من الفقهاء قسموا حياة الجنين الي قسمين يفصل بينهما بدء الشعور المراءه بحركة بالجنين في بطنها، ويكون هذا عادة في نهاية الشهر الرابع من الحمل، وقد توهم هذا الفريق من الفقهاء أن هذا الاحساس سببه ديب الحياة في الجنين، أو عبروا عنه بنفخ الروح، إلا أن التقدم الطبي منذ عصرهم حتي عصرنا الحاضر قد كشف أن احساس المرأة بحركة الجنين لا ينشأ عن هذه الحركة، فالحق أن الجنين يتحرك من قبل ذلك بزمن طويل، ولكن المرأة لا تشعر به لأن الكيس المائي الذي يسبح فيه الجنين يكون في البدايه فسيح بالنسبة لجسمه الصغير، ويمر زمن حتى يكبر الجنين وتستطيع لكلماته بركلاته أن تطل جدار الرحم وتشعر به المرأة بعد اربعة اشهر حملية، بل أن لدينا الآن من الاجهزة ما نسمع به دقات قلب الجنين وهو في الاسبوع الخامس، ولدينا أيضا من اجهزة ما نرصد به حركة الجنين حتى قبل ذلك ولقد استقر علميا أن الجنين منذ بدايته وهو بيضة ملقحة تشرع في الانقسام والتكاثر، وبالتالي فهو كائن حي حتى ينمو ويتطور بصورة متصلة مستمرة دون أن يوجد خط فاصل له قبل أو بعد، فالعلة إذا تغيرت لا بد وأن يتغير الحكم، وعلى ما افضى اليه التقدم العلمي تأسس حرمة الجنين في كافة اطواره، راجع د/ حسان حنحو، - بحث بعنوان (الاجهاد بين الدين والطب) - بدون تاريخ نشر، ص ١٧، د/ عباس شومان، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها

(١) X - Avier Labbe, "L'insemination artificielle pratiquée après la mort du donneur", gaz. Pal, 1984, p.4.1.

(٢) Conu (G), "droit civil", La famille", p.423.

اقترح بعض من الفقه الفرنسي أنصار النظرية الشيئية إلى تكييف هذه النظرية كي تتلاءم مع طبيعة هذه الخلايا، وانتهوا إلى ما أطلقوا عليه نظرية الأشياء ذات الطبيعة الخاصة، فإذا كان ولا بد أن نقر المادة الوراثية المفردة بالطبيعة الشيئية فإن الأشياء لا تبدو جميعها ذات طبيعة واحدة، وينطبق ذلك بداهة على خلية التناسل المفردة عن بقية نتائج الكيان الإنساني، الأمر الذي يجعل منها مسوغاً لإنشاء تلك النظرية وتطبيقاتها^(١).

التشدد من منع العمليات التي تؤدي إلى الإجهاض، وجعل لها عقوبة مثل عقوبة الوأد، كما نادى أصحاب هذا الرأي باتخاذ كافة التدابير الاحترازية حول مسألة الإجهاض الاختياري للإنتهاء المبسر للحمل & كما وضع حقوق قانونية مكفولة للجنين مثل الحقوق المالية بموجب المواد ٦٢٥، ٩٠٦، ٩٠٢ من القانون المدني الفرنسي.

كفالة الرعايا الصحية للجنين والذي نظم أحكامه القانون الفرنسي رقم ٩٤ / ٦٥٤ الصادر في ٢٩ يوليو ١٩٩٤ حيث أوجبت المادة ١٦٢ من قانون الصحة العامة.

في الفقرة ١٦ المضافة بالمادة ١٢ من القانون السابق مثل إجراء التشخيص المبكر على الحمل مع وضع عقوبة جنائية لمن يخالف الأحكام القانونية التي وضعها المشرع لحماية الجنين في بداية أطواره. وكذلك تأجيل توزيع نصيب الجنين (ابن الرحم) بعد الولادة.

تقييم هذا الاتجاه:

يؤخذ على هذا الاتجاه أنه ليس من المنطق أن ننادى بالمساواة بين قطعة من الدم الممثلة في صورة بويضة مخصبة في أي مرحلة من مراحل تكوين الجنين بإنسان آدمي له عقل وروح وجسد أو نجعل لهم وصفا شاملا أو مفهوما واحدا. رغم أنني لا أتفق مع إسقاط الجنين في أي مرحلة كان عليها داخل الرحم، إلا أنه لا يرتفع إلى مصاف الجريمة والأمر في النهاية يرجع إلى الضمير الأخلاقي لا إلى القانون.

Decocq, Op. Cit, n°39, Damages, these prec., P.63.

(١)

نحن نرى كما يرى بعض الفقه^(١) إنه رغم اهتمام المشرع الجنائي والمدني بوضع القوانين لحماية الجنين وتقرير حقوقه ، إلا أنه ليس من المنطق أن ننادى بالمساواة بين البذرة الإنسانية وبين إنسان كامل له ما يميزه وهو العقل الذي أخفق أصحاب هذا الاتجاه دوره من وجهة نظرنا أى إستحالة المساواة بين الحياة الإنسانية وبين حياة الجنين.

وكذلك ليس من العدل أن تتساوى العقوبات أو الأحكام القانونية بشأن حماية الجنين ، فكيف تتساوى السياسة المدنية أو الجنائية أو العقابية فى أى مرحلة كان عليها الجنين أو الإنسان.

فى رأينا يجب الأخذ فى الاعتبار حول الفصل بين المرحلة العمرية التى عليها الجنين أو الإنسان وبين حجم المعاملة القانونية عليه من حيث الحماية الجنائية والمدنية والسياسة العقابية أو السياسة التشريعية ، على أن يكون هناك تبايناً طردياً بين حجم هذه السياسة والمرحلة العمرية التى عليها الجنين.

تعارض النظرية الشمولية للكائنات الإنسانية ، كى تستوعب نطفة الأمشاج ، مع إجازة التبرع بها ، وخروجها عن النطاق القانوني لتجريم الأجهاض ، ليس من المعقول أن نسلم بمنح البيضة المخصبة صفة الشخص الكامل فى نفس الوقت الذى أجاز فيه المشرع الفرنسي لتداولها بالتبرع بها للأسر العقيمة إذ أنه لا يتصور طبقاً لمختلف الشرائع السماوية والفلسفات القانونية التبرع بأنسان متكامل البنية ، هذا وإن كان التبرع بالبويضة المخصبة يؤدى إلى نفس هذه الفكرة الغير مقبولة بحسب أن هذه البيضة تعتبر إنسان بحسب المآل إلا أن التبرع بها فى مهدها الجنى رأى فيه المشرع الفرنسي بديلاً يفضل التبني.

نرى أنه لا بد من أن يسرع المشرع فى وضع قواعد قانونية خاصة بالتصرف فى النطفة الأدمية ؛ لأن ترك مسألة تحديد طبيعة الخلايا التناسلية فى أيدي المذاهب المختلفة سوف يؤدى إلى حالة من التشتت المؤدية إلى المشاكل ، وما لا شك فيه عند تصنيف أجزائه وعناصر الجسد الإنساني لابد من الاستعانة

(١) د/ ثروت عبد الحميد / الأجهاض بسبب تشوه الجنين وأمراضه الوراثية - مجلة الحق شريعة وقانون - العدد ٩ الإمارات ٢٠٠٤ ص ٩١.

بلجان من فقهاء الطب والقانون والشرع لتخطى الصعوبات والمشكلات القانونية ، حتى لا يتكرر ما وجدناه بين أنصار الطبيعة الشيئية والشخصية عند تجاهلهم فى وضع تصور قانوني موحد ، لذلك على المشرع أن يبحث أولاً فى تحديد طبيعة جسد الإنسان مفسراً الطبيعة الفسيولوجية لكل عضو على حدة وثانياً يوضع التكييف القانوني لكل عضو بالاضافة إلى انفراد التناجات التناسلية عن باقي الأعضاء لما لها من مكانة خاصة فى الجسد الإنساني.

❖ السوابق القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه:

ويحسب له تأييد محكمة النقض المصرية حيث اعتبر قضاؤها أن جريمة إسقاط حامل تتوفر لمجرد إسقاط الحمل ، حتى إذا لم تبلغ مدة الحمل أربعة اشهر ، استناداً إلى أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك وأن المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصري ، تبيح ما تبيحه الشريعة ، وقد احتجت المحكمة فى قضائها بأن تجريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار هذا الفعل مرتبطاً بحق ، وإنما يجعل منه إذا وقع جريمة يستحق جانب العقاب الذى فرضه الشارع لفعلته "وأضافت إلى ذلك أباحت الشريعة الإسلامية لإجهاض الحمل الذى لم يتجاوز أربعة اشهر ليس أصلاً ثابتاً فى أدلتها المتفق عليها وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأي فيما بينهم^(١) . وفى حكم لاحق قالت فيه .

"يعتبر إسقاط الجنين ولو ارتكب قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة^(٢) .

(١) هذا وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٩ س ١٠ رقم ١٩٥ ، ص ٩٥ .

(٢) "نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٧٠ س ٢١ رقم ٣٠٢ ص ١٢٥٠ (ولقد علق ا. د. محمود نجيب حسنى على اتجاه محكمة النقض فقال: وقضاء محكمة النقض صحيح فالأجهاض حق استثنى الشارع بوضع تنظيم شامل له ولم يجعل الشريعة مجالا تطبيق فيه والاحتجاج باستعمال الحق لا يكون الا حيث يفرض القانون إلى شريعة تنظيم مجال معين فبكون لها أن تنقرر فى نطاق حقوق راجعه فى شرح قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص من ٥ : ٤ ، ص ٦ : ٥

- ويؤيد بعض الفقه هذا التحليل بقوله " والواقع أن الشريعة الاسلاميه السمحاء قد حمت الاجنه. فقد جعلت الغره حقاً للجنين وهو فى ابكر ادواره " فقليل لو أن امرأة القت بضعه أو دماً أو غير ذلك مما لو عرض على ثقات وشهدوا بأن فيه خاقاً أو

وقد تضمن الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١/٩/١ فى المادة ٤٣ من الدستور الدائم المصري " ١٩٧١ التأكيد على حرمة الكيان المادي والمعنوي للإنسان".

حكمت محكمة استئناف ليون بتاريخ ١٣ من مارس ١٩٩٧ بخصوص قضية إجهاض جنين يتراوح عمره بين ٢٠ - ٢١ أسبوعاً والذي تم إجهاضه بسبب خطأ طبي باعتبار هذا الفعل مكوناً لجريمة قتل خطأ، وذلك استناداً إلى المادة ١٢٢/٦ من القانون الجنائي الفرنسي والتي اعتبرت الجنين إنساناً، وكذلك المادة الأولى من القانون الصادر فى ١٧ يناير ١٩٧٥ والخاص بإيقاف الإرادة للحمل، وكذلك المادة ١٦ من القانون المادي الفرنسي الخاصة باحترام جسم الإنسان، والتي تعتبر من النظام العام وهكذا استبعدت المحكمة القابلية للحياة، واعتبرت أن الجنين إنسان، وأقرت بضرورة حماية كل إنسان منذ بداية حياته هذا وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً فى شأن تعويض طفل عن إضرار لحقت به وهو جنين فى بطن أمه، نتج عنها إصابته بإعاقة وتشوه، ولم يتم تبصير الأم بها لتتخذ قرار إجهاضه فى حينها، وما ذلك إلا اعتراف بإنسانية الجنين^(١).

ثانياً: تصنيف المنتجات التناسلية لجسد الإنسان ضمن الأشياء :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن نطفة الأمشاج تصنف ضمن الأشياء التي تقبل التعامل عليها وبالطبع يترتب ذات الوصف على منتجات جسد الإنسان وجميع أعضائه، وأستدل أصحاب هذه النظرية على توضيح أوجه الخلاف بين

بداية خلق آدمي، لوبقى لتصور، فإن الجاني مسئول، ومن هذا يمكن الاستدلال على أن الشرع قد كفل حق الجنين منذ اللحظة الأولى وهو فى طور الانقسام، وهى أنبوية... .. د/ عبد الله سلامه - المقالة السابقة - ص ٤٤٤، وأستدل سيادته بقول الأسام الغزالي رحمة الله عليه " فى ذلك جنائية عاى موجود حاصل..... والموجود له مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة فى الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياه، وافساد ذلك جنائية، فإذا صارت نطفة مخلقة كانت الجنائية افحش.....

(١) Ass,plem 13 juill. 2001 , 3arrets, jcp 2001.11.10601,concl , sainte-rose , note chabas , d. 2001.2325 Note jourdain , rjpf 2001 obs, hauser et delmas-saint hilaire; aix-en province, 21 mars 2001,11,10600 Note c. bloch ; - Bordeaux. 18sept. 2001, d/2110.2805, Dalloz no4 october 2001pp. 749-1036 , p. 850-852

الشخصية القانونية من ناحية وبين جسم الإنسان من ناحية أخرى ، فإذا كان يمكننا التعاقد مع إنسان يتمتع بوجود الشخصية القانونية فإن ذلك يعد مستحيلا إذا أردنا تحقيقه مع جثة إنسان أو عضو منها^(١) ، فرغم أن الجسد الإنساني يعد دعامة شخصية الإنسان لكنهما غير مترادفين إذن فالفكرة القانونية للشخص عندهم تستقل تماما عن الطبيعة المادية للجسد الذي يتمثل في مجموعة أعضاء الإنسان استقلالاً عن وظائفها في حين يتمثل الشخص في الروح والإرادة اللذان يمنحانه تميزاً عن الشخص بالمعنى البيولوجي.

كما يرى أنصار هذا الرأي أن تحديد طبيعة نطفة الأمشاج يتوقف على التفرقة بين الأطوار الجنينية للحمل ، فهم يفرقون بين حياة الجنين في العشرة أسابيع الأولى للحمل وبين ما يتبعها من مراحل ويسبغون على الأولى صفة انتفاء الأدمية مطلقاً ، لأنها لا تستطيع أن تحمل الخصائص المميزة للشخصية الإنسانية.^(٢) ومما سبق يتضح لنا أنه لا يمكن أن نصف تلك الاجنة المستكنة في الأنابيب بالشخصية الاحتمالية.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن البويضة الملقحة مثلها مثل حال المتوفى دماغياً^(٣) وعليه فقد اثبتوا صفة الأدمية للبويضة التي يصل التطور الجنيني فيها إلى حد الشهر الثاني من حياتها وانتفاء ذلك عن بويضة لم تتعد مرحلة الثمانية خلايا من مراحل تكونها.

واختلف أصحاب هذا الاتجاه فيما بينهم وانقسموا إلى فريقين حول معيار صياغة الحماية الواجب توافرها لتلك البويضة فرأى بعضهم إلى أفراد الحماية لها بما يتناسب مع انتفاء الصفة الأدمية عنها وخاصة حالات التجريب عليها ويرى البعض الآخر عدم وضع أى حماية لها وذلك لانتفاء صفة الأدمية في تلك المرحلة.

(١) M. Dekkers, le corps humain et le droit, travaux H. capitant 1975 T.xxvi p.1..

(٢) Boucaud, (P), "Approaches Juridiques" en Rev. Le supplement, 1984, P. 4.1.

(٣) فلتشر دوريه نيو أنجلند الطبيه ١٩٧١ ، مشار اليه في د/ محمد سعد خليفه ، المرجع السابق ص ٨٧ نقلا عن د/ عبد الهادي من يخالف الاسنساخ ص ١٨٥

تقييم هذا الاتجاه:

نرى كما يرى بعض الفقه أن هذا الاتجاه يتصف بالموضوعية حيث أنه أزال عن البويضة الملقحة وهي في أنبوب صفة الآدمية وذلك يتماشى مع التمييز بين مرحلتى الحمل المستكن والجنين المولود مع وضع سياسة الحماية والحقوق التشريعية والجنائية لكل مرحلة على حدة وفى رأى التفرقة بين المرحلتين تصبح واجبة.

أما الذى يؤخذ على هذا الاتجاه أنه انقسم على نفسه إلى اتجاهين لكل منهما رأى أحدهم ينادى بانتفاء صفة الآدمية عنها قبل مرور الأسابيع العشرة الأولى منذ أن تم الإنجاب مما يترتب عليه انعدام أى حماية قانونية وذلك لأنعدام صفة الآدمية فى تلك المرحلة.

أما عن الاتجاه الثانى فىرى أن البويضة المخصبة تتصف بالصفة الآدمية بعد مرور الأسابيع العشرة، وهذا مخالف للواقع ولكن هذا لا يعنى أن ننكر على البويضة وجود كيان مادي ملموس يحميها، ولكنه لا يرتفع إلى مصاف الآدمية.

❖ بعض السوابق القضائية المؤيدة لهذا الاتجاه^(١):

صار القضاء الأمريكى على نفس الاتجاه المؤيد على وصف نطفة الأمشاج بالأشياء وهى خارج الأرحام مطبقا عليها الحماية الجنائية^(٢).

فى قضية تتلخص وقائعها أن طبيب قدم النصيح للزوجين اللجوء إلى الإنجاب الصناعى بوسيلة أطفال الأنابيب وبعد استخلاص عينة كل من الزوجين المنوية أجرى الطبيب الإنجاب خارج الجسم ثم تصرف فى تلك النطفة المخلقة إلى الآخرين، دون علم الزوجين ودون الحصول على موافقتهم وفى ضوء صعوبة استخلاص عينة تناسلية أخرى من الزوجة، أقام الزوجان دعوة قضائية بغية المطالبة عن الاضرار النفسية التى أصابت الزوجين من جراء إضاعة الفرصة

(١) Jean - Christophe Galloux "، Le statut des gametes humains en droit français contemporain "R.D McGill,p.40,et fagot-Largeault et Genevieve' Op. cit ,n3'

(٢) Avis n 53 sur la constitution de cellules embryonnaires humaines et leur utilization a' des fins scientifiques; Dict. Perm. Bioe'thique et Biotechnologies , Bull. n 48٢٠ , mai1997 , p.8880.

المستقبلية فى التوالد كما أضاف الزوجان أن المدعى عليه بتصرفه فى البويضة الملقحة ، فإنه يكون قد مس حقهما فى ملكيتهما ، وبدون موافقتهما الأمر الذى تشكل معهما جريمة خيانة الأمانة ، والغيب أن المحكمة والمحالفين تنبهوا إلى تأييد مطالبهم ، تأسيسا على توافر جريمة خيانة الأمانة.

ثالثا: نقطة الأمشاج لا تعد شخصا إنسانيا . . .

يرى أصحاب هذا الرأي أن النظرة الأخلاقية لا بد أن ترتبط بالإرادة الفردية للإنسان ، والتي يمكن أن تترتب عليها المسؤولية الاجتماعية والقانونية المرتبطة بالكائنات البشرية^(١).

وضع أنصارها الاتجاه ضوابط أخلاقية تنصرف على الإرادة الفردية للإنسان^(٢). حظر إهدار الحياة الإنسانية بإهلاك البويضة الإنسانية دون أسباب جديدة مقبولة ، فذلك من الجرائم المكروهة. يستوي فى ذلك أن يكون إهدار حياتها من قبل الباحثة أو من قبل الوالدين ، اللذين قد يقرران الاستغناء عن البويضة بعد تخصيبها.

كافة أشكال التجريم العلمي على الجنين الإنسانى داخل الرحم وخارج الجسم الحى غيرى مقبولة تماما إذا ما روعى فيه ضوابط التجريب على الحيوان مع الحصول على رضا ذوى الشأن ، نظرا لخطورة الآثار الناجمة عن ذلك ، وضرورة استيفاء الشروط العلمية والأخلاقية لتلك التجارب.

ترتبط شرعية كافة التصرفات التجارية المتعلق فى بعض أجزاء الإنسان بمدى قبول النظام القانوني بالتصرف من عدمه ، وعليه فأن التصرف ببعض أجزاء الإنسان يكون مقبولا طالما لا توجد قيود قانونية تحظر ذلك.

تقييم هذا الاتجاه:

اتفق أصحاب هذا الاتجاه مع فلسفة القانون الوضعي فى التعامل مع الإنسان قبل وبعد الولادة ، حيث تأبى الأنظمة القانونية التسوية بينهما من ناحية الحقوق والسياسة المدنية والعقابية إجازة التجريب على البويضة المخصبة مع

(١) د / محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٨٩

Fagot - Largeault et Genevieve, op. cit, n 3.

(٢)

مراعاة الضوابط العلمية والمبادئ الأخلاقية كما حرص أصحاب هذا الاتجاه على عدم إهدار الحياة فى البويضة المخصبة والجنين هذا بالإضافة إلى قبولهم بفكرة إهلاك البويضة لأسباب جدية مثل كيفية التعامل معها بعد أتمام وسيلة الإنجاب أو لأسباب مرضية وراثية اكتشف بها.

إصباغ نوع من الصفة الأدمية على حياة الأجنة داخل وخارج الرحم فليس من فلسفة أصحاب هذا الرأي وصف البويضة المخصبة من الأشياء، وذلك لأن البويضة المخصبة يعترف لها بالحياة ولكنها غير الحياه الحقيقية للمولود^(١).

ولواتجهنا إلى رأى الطب لوجدنا ان هناك إمكانية لتجميد نطفة الأمشاج دون أن تهلك الى أكثر من عشرين عاما ولكن لا يمكن تجميد إنسان ولو لعشرين دقيقة.

ونحن نرى بما أن المادة ٨٢/١ من القانون المدنى المصري " اعتبرت أن كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية وحيث تنص الفقرة ٢ "على أن الأشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها هى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهى التى لا يميز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.

إذن فالأساس فى القانون المدنى هو عدم جواز التصرف بجسم الإنسان ومكوناته، لأنه خارج عن دائرة الأشياء وهى فقط التى يمكن أن تكون محلا للتعامل، ونحن نرى أنه يحسب السبق للشرعية الإسلامية عن القوانين الوضعية حول مسألة الحق فى الحياة وسلامة جسم الإنسان.

(١) هذا وقد وضع المشرع الفرنسى المادة رقم ٨ / من قانون الصحة العامة وكذلك المشرع الاسباني فى القانون ٤٢ الصادر فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩ والمتعلق بهبة واستخدام البييضلت الملقحة هذا وقد اجاز قبول التجريب على اللاقح الأنثوية حتى يومها الرابع عشر تجريبا علاجيا أو تجريبا علميا مجرد عن الصفة العلاجية، أما عن المشروع الأنجليزى فقد تمادى فى انتهاك الصفة الأدمية لتلك البويضات فاجاز تخليق بويضات مخصصة للتجريب العلمى، وكذلك إجازة استيراد البويضات الأدمية وتصديرها لأغراض تجارية دولية بحتة.

المطلب الثاني

مدى احقية الإنسان فى التصرف على نطفة الأدمية وأعضائه التناسلية

ليان حكم التصرف فى النطف الأدمية والحيوانات المنوية والبويضات ، فقد بات لازما أن تقوم بمعرفة حق الإنسان فى التصرف بجسده ، فهو مصلحة للفرد يحميها القانون فى أن يظل جسده مؤديا كل وظائف الحياة على النحو الطبيعى الذى ترسمه وتحدده القوانين الطبيعية وفى أن يحتفظ بتكامله الجسدي ، وأن يتحرر من الآلام البدنية^(١).

ويرى بعض فقهاء القانون بأنه : "قدرة يمنحها القانون لشخص معين تحقيقا لمصلحة مشروعة فى حدود القانون وحمايته أو هو "استئثار شخص بشيء أو بقيمة استئثار يحميه القانون"^(٢).

وبناء عليه يتبين لنا أن جانبا من فقهاء القانون اعتبر أن للإنسان على جسده سلطة إرادية ، بينما ذهب جانب آخر إلى أنه الحق فى المساس بسلامة جسد الإنسان مصلحة يكفلها القانون ، ثم ظهر رأى ثالث من الفقه القانوني يجمع بين الاتجاهين السابقين لذلك عرف بالمذهب المختلط ، وبناء عليه سنقوم بعرض تلك الآراء :

ذهب الرأى الاول: إلى أن التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الأدمية حق إرادي للإنسان:

من انصار هذا الرأى Perreau أن كل إنسان يملك حرية الإرادة على جسده وهذا وقاصر عليه تجاه الآخرين كنوع من حق الملكية على كيانه^(٣) ، ويترتب على ذلك من وجهة نظرهم أن من يرغب فى إجراء عملية تأجير رحم لوضع اللقيحة المخصبة وغرسها فى رحم غيرهما ما دام لم يضر بحقوق الآخرين

(١) للمزيد: راجع د/ محمود نجيب حسنى الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات - مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث - ١٩٥٩ ص ٥٧١
(٢) د/ عبد الله مبروك النجار - الحسبة ودور الفرد فيها فى ظل التطبيقات القانونية المعاصرة طبعة الازهر ص ١٥٤ ، ١٥٥ ومبادئ فكرة الحق ص ٣٨ ١٩٩٤ م طبعة أولى

(٣) E- A PERREAU - مشار اليه احمد عبد الدائم - أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني - رسالة دكتوراة فى الحقوق - لجامعة روبر شومان فى ستراسبوغ - منشورات الحلبي الحقوقية - ط ١٩٩٩ م ص ٤٠ وما بعدها

لا غبار عليه وقد سلمت بهذا الحق العديد من الدول التي نظمت مثل هذا النوع من الأعمال الطبية كما يترتب أيضاً على الأخذ بهذه النظرية^(١) أن الإنسان له حق التصرف في منتجات أعضائه كيفما يشاء متى كان ذلك لا يتعارض مع الحماية التي فرضتها التشريعات.

رأى الباحث:

لو سلمنا جدلاً باتفاقنا مع الرأي السابق باعتبار أن الإنسان له ملكية التصرف في نفسه وفي أعضائه ومنتجاته الجسدية - .. فماذا يحدث لو استحضرت الزوجة نطفة زوجها خلسة أى دون علمه ، على اعتبار أن لها الحق في الإنجاب منه ولقحت نفسها بمائه بناء على حرية التصرف في جسدها ، وبعد ذلك استأجرت رحم امرأة لوضع نطفة الأمشاج فيه لتكملة رحلة الحمل حتى الإنجاب ؟ وهل يحق للزوج رفع دعوى قضائية على زوجته بحجة أن هذا تم دون علمه على أساس ملكيته لمنتجاته الجسدية ؟

وهناك سؤال آخر ما النتيجة لو استخدمت امرأة رحمها لصالح الغير دون علم زوجها؟ فهل يحق له تقاضيها على أساس أن حقه حق اختصاص على رحم زوجته بموجب عقد الزوجية؟

(١) د / احمد شرف الدين د / السيد عيد نايل - المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق - طبعة ٢٠٠٢ م ص ١٨٣

فقد قضت محكمة Saintes الجزئية بتعويض أحد الأزواج عن الضرر الجنسي الذي لحقه نتيجة للانقطاع المؤقت للعلاقات الجنسية interruption temporaire des relations sexuelles وقد حدث ذلك عندما قام أحد الأطباء بطريق الخطأ بمس قضيبه بحامض الخلليك المركز بدلاً من حامض الخلليك المخفف إلى نسبة خمسة بالمائة وترتب علي ذلك أنه لم يتمكن من مباشرة العلاقة الجنسية مع زوجته لمدة شهرين ونصف وانطلاقاً من الملاحظة الاجتماعية التي تفيد بأن المتوسط العام للعلاقة الجنسية بين الرفيقين في فرنسا هو مرة في الأسبوع فقد استخلصت المحكمة أن الضرر "يكون له حق مشروع في الادعاء بأنه قد حرم من عشرة من اللقاءات الجنسية مع زوجته".

"peut legitiement se plaindre d'avoir ete privee de dix rapports conjugaux".

وقد طالب الزوج بتعويضه بمبلغ اثني عشر ألف فرنك محدد قيمة اللقاء الجنسي بألف ومائتي فرنك ولكن المحكمة كانت أقل سخاء وحكمت بتعويضه عن الضرر الذي أصابه بمبلغ ثلاثة آلاف فرنك.

ماذا يحدث لو توقفت صاحبة الرحم المستأجر جراء هذه العملية أو لو أصيبت بمرض نتيجة هذا الفعل؟ هل يحق لزوجها التعويض من الزوجين أصحاب النطف عما لحقه من ضرر.

ومن الأسئلة السابقة يبدو لنا أن هناك ضررا لحق بالزوج أى زوج صاحبة الرحم المستأجر، وهذا الضرر يتمثل فى تقتطين: الأولى حبس حقه فى الإنجاب لضمان عدم اختلاط الأنساب فى رحم زوجته المستأجر لصالح الغير، الانقطاع المؤقت للعلاقة الجنسية لعدة شهور بسبب حمل زوجته من الغير، مما يؤدي أحيانا إلى فقدان الرغبة الجنسية لزوجته صاحبة الرحم المستأجر مما يؤدي إلى تحقق الضرر الجنسي

وتوطئة للحديث فى تمييزه عن غيره من أنواع الأضرار فقد بات لازما أن نضعه فى موضعه من التقسيمات والأنواع المختلفة للضرر ومن خلال رؤيتنا نرى أن الضرر الجنسي الذى لحق بزواج صاحبة الرحم المستأجر هو صورة من صور الضرر الجسدي^(١).

^(٢) وجدير بالذكر أن نذكر ما أبدته محكمة النقض من أن المساس بسلامة

(١) للايضاح راجع هذا T.i. saintes, 6 janv 1992 ; DALOZ 1993 p. 28
BOURRIE QUENILLET: op cit. p CA Montpellier, ch.
Corr. 18 avr. 1991: Juris-Data n°000029 –

مشار إليه لدى : BOURRIE-QUENILLET: op. cit. p.4

(٢) وهناك سابقة قضائية أخرى
أيدت محكمة استئناف مونتبلية بتوافر الضرر الجنسي لدى امرأة تعرضت لحادث مروري ترتب عليه حرمانها من الحياة الجنسية المشبعة والمرضية une vie sexuelle satisfante إذ فقد زوجها رغبته الجنسية تجاهها نتيجة لما أصابها من عجز وذلك على الرغم من أن الحادث لم يؤد في حد ذاته إلى إصابتها بالبرودة أو العجز الجنسي وقد عوضت المحكمة الزوجة التي تبلغ من العمر ثلاثة وأربعين عاما عن الضرر الذي أصابها بمبلغ مائة وعشرين ألف فرنك كما قضت بتعويض الزوج بمبلغ ثلاثين ألف فرنك.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن الفقه التقليدي قسم الضرر إلى قسمين الأول الضرر المادي الذى يصيب المضرور فى جسمه أو ماله والثاني الضرر الادبي الذى يصيب المضرور فى شعوره وشرفه ويرى أصحاب هذا الفقه أن المساس بسلامة الجسد يمثل ضررا ماديا وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية ولقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه الأخير. فقد اعتبرت المساس بسلامة الجسم وفقد الحياة أو ضرر الموت من الأضرار المادية. فقد قضت الهيئة العامة للمواد المدنية فى حكم هام بتاريخ ٢٢ فبراير =

الجسم يعتبر ضررا واجب التعويض حتى ولو لم يترتب عليه خسارة مالية ، وهذا ما أيده الفقه المصري والمقارن. فالمساس بسلامة الجسم يترتب عليه الضرر الموجب للتعويض ، ولكننا نرى أن محكمة النقض قد وضعت مفهوما واسعا للضرر الذي يصيب سلامة الإنسان في جسده بل وأحقته بالضرر المادي أو الأدبي ، في حين أنه كان يجب أن يصنف الضرر الجسماني كنوع مستقل عن باقي الأضرار وينفرد تحت مسمى "الضرر الجسدي".

وذلك لما يترتب عليه من أهمية تتمثل في حياة الإنسان ، وبالتالي سوف يتجه المشرع لوضع قواعد قانونية تجرم المساس بالجسد الإنساني ، هذا بالإضافة إلى توقيع العقوبات على من ينتهك حرمة هذا الجسد^(١).

١٩٩٤ بأن المساس بمصلحة مشروعة للمضروب في شخصه أو في ماله إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له يتوافر بمجرد الضرر المادي وكان حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التي يكفلها الدستور والقانون وجرم التعدي عليه ومن ثم فإن المساس بسلامة الجسم بأي أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوافر به الضرر المادي. نقض مدني ١٩٩٤/٤/٢٢ مجموعة المكتب الفني السنة ٤٠ عدد ٢ ص ٥ قاعدة أ. وبناء عليه اعتبرت التعذيب مساسا بسلامة الجسم يتوافر به الضرر المادي... وبهذا القضاء عدلت محكمة النقض عن قضائها السابق الذي كان يعرف الضرر المادي بأنه مساس بمصلحة مالية فينتفي وقوع ضرر مادي إذا لم يثبت لدى المحكمة أن الإصابات التي لحقت بالمدعي من جراء تعذيبه من شأنها أن تخل بقدرته على الكسب أو تكبده نفقات للعلاج. نقض مدني ١٩٨٤/٣/٢٨ مجموعة المكتب الفني السنة ٣٥ ج ١ ص ٨٧٨ رقم ١٦٧ "حسام الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، المجلد الثاني: المصادر غير الإرادية، نبذة ٥٣ ص ٦٧ وهامشي ٢، ٤ بذات الصفحة.

(١) لم يرد في نصوص القانون المدني عبارة الضرر المادي. فلم يرد في المادتين ١٧٠، ١٧١ سوى عبارات الضرر. أما المادة ١/٢٢١ فكل ما ورد بها يتعلق بتعويض ما لحق المضروب من خسارة وما فاتته من كسب وهذا هو ما جعل محكمة النقض ترفض إبان فترة من الزمن تعويض الضرر الذي لا يتمثل في خسارة أو في فوات كسب مائي. والواقع أن المشرع لم يسم سوى الضرر الأدبي صراحة والضرر الجسماني ضمنا. فقد أجازت المادة ٢/٢٢٢ تعويض الضرر الأدبي الناجم عن الضرر الجسماني المتمثل في موت المصاب.

ونرى أن الفقه المصري المعاصر قد أيد في مجمله هذا الفقه السابق صراحة أو ضمنا فحرص الفقه المصري دائما على التأكيد على أن المساس بسلامة الجسم يترتب ضررا ماديا وضررا أدبيا معا وهو ما يعني التسليم ولو ضمنا بأن هذا الضرر في حد ذاته ليس ضررا ماديا فحسب كما نادي أيضا بعض الفقه صراحة بعد التقييد في شأن الضرر الجسدي بالمعنى التقليدي للضرر تجنبنا لما قد ينتج عن ذلك من حرمان المضروب من

- وتبادر إلى ذهني سؤال ماذا لو امتنعت الأم صاحبة الرحم المستخدم عن إرضاع الطفل بعد ميلاده في حالة رفضه لأي غذاء بديل باعتبار أن اللبن ملك لصاحبة الرحم المستخدم لصالح الغير كمنتج من منتجات جسدها؟ فهل ستصنف قضية قتل عمد على أساس أن البعض يرون^(١) أن السلوك السلبي يعتبر جريمة إذا كان الامتناع هو السبب في حدوث النتيجة وفقا لمجرى العادة للأمور وأن يكون الممتنع ملتزما بحكم القانون أو بمقتضى عقد بالتدخل لإنقاذ حياة المجني عليه أو رعايته.

ونحن نرى كما يرى البعض^(٢) أن من الجرائم ما يقع بالفعل الايجابى أى المباشر وحده ومنها ما يقع بالترك وحده وتطبيقا لما سبق نرى أن صاحبة الرحم المستأجر مسئولة عن جنينها التى ولدتها حكما لأننا نرى أن الطفل المتخلق من جراء هذه العملية ابن للثنتين معا الأم بالنطفة الأنثوية أو (البيولوجية) والأم بالرحم؛ لأنه حتى يومنا هذا يوجد تضارب بين آراء الأطباء حول مسألة الموروثات بين الأم بالرحم والجنين التى تحملة بأحشائها، ونرى حتى لو لم يأخذ منها غير الدم كغذاء يعتبر ابننا لها بالاشتراك مع الأم البيولوجية قياسا على الأم بالرضاع.

وأخيرا نرى أنه لا يمكن التسليم بأن الحق في سلامة الجسد سلطة إرادية تخول لصاحبها إباحة التصرف في جسده كيفما يشاء، ولو أدى ذلك إلى الإخلال بباقي أعضاء جسده، طالما كان هذا التصرف لا يضر بالآخرين، لأن الجسد من وجهة نظرنا المتواضعة هو ملك لله تعالى، أما الإنسان فله حق الانتفاع به على سبيل الوديعة التى منحنا الله إياها، لأن لو سلمنا جدلا بأن من حق الإنسان أن يتصرف في جسده كالمالك فيما يملك لأدى ذلك إلى إباحة كل تصرفات الفرد على جسده طالما كان هذا التصرف بإرادته ولو أدى ذلك إلغاء أى

التعويض في بعض الحالات د / طه عبد المولى ابراهيم - مشكلات تعويض الاضرار الجسدية فى القانون المدنى - رسالة دكتوراة - المنصورة ٢٠٠٠ دار الفكر والقانون ص ٨٩ وما بعدها

(١) د / على بدوى - الأحكام العامة فى القانون الجنائى ص ٧٤

(٢) د / عوض محمد - جرائم الاشخاص والاموال - ص ١٩

عضو أو منتج من جسده فمثلا تستطيع أى امرأة التصرف فى رحمها لمصلحة الغير نظير مقابل أو بالتبرع دون مراعاة لحق الآخرين عليها كالزوج مثلا، أو لو سلمنا بصحة هذا الرأي لكان من حق الأزواج استحضار النطف الأدمية من أعضائهم وغرسها فى رحم أخرى عضو تناسلي آخر، لا شك فى أن هذا يتعارض مع القواعد المستقرة فى الأنظمة القانونية التى تضع ضوابط تنظم المجتمع لأداء كل فرد فيها وظيفته الاجتماعية على أكمل وجه، هذا بالإضافة إلى أن الإنسان هو صاحب الذمة فكيف يكون المالك والمملوك شيئا واحدا.

مما لا شك فيه أن القول بحق تصرف الإنسان فى جسده يرجع إلى إرادته بموجب حقه للملكية جسده ومنتجاته سوف يؤدي إلى ممارسة نوع من أنواع الاتجار بأعضاء ومنتجات جسده وخاصة فى بعض دول مثل الهند التى تشتهر بتجارة تأجير الأرحام ؛ وذلك لقلة تكاليف هذه العمليات هناك حتى أنهم اعتبروها وظيفة يرزقون منها هناك.

الرأى الثانى: إلى أن التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الأدمية مصلحة يكفلها القانون :

يرون أن الإنسان له الحق فى التصرف عن جزء من جسمه إذا كان ذلك لا يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، أى أن يستهدف التنازل تحقيق غرض مشروع وهو العلاج، وألا يكون من شأنه إعاقة الشخص عن القيام بمهامه تجاه المجتمع. كما يرون أن علاقة الإنسان بجسده ليس حقا بالمعنى الفنى أو القانوني^(١) لهذه الكلمة وإنما هى حرية يمارسها الإنسان على جسده، إلا أن هذه الحرية مقيدة بما لا يضر بالمصالح المتعلقة بالحياة والسلامة الجسدية^(٢).

(١) د/ محمد المرسى زهرة - الإنجاب الصناعى مرجع السابق - ص ٢٦١ -
(٢) وقد عرضت فى إيطاليا قضية طبيب نزع من طالب يدعى paul salvatori بعض غدده الجنسية برضائه مقابل مبلغ عشرة آلاف ليرة إيطالية وزرعها لرجل برازيلي ثري يدعى لا بونيا على طريقة فورنوف ولكن محكمة نابولي الجزئية قضت ببراءته استنادا إلى أنه لم يحصل من جراء هذه العملية ضرر للطالب وقررت أن هذه العملية مشروعة لأن رضاء المجنى عليه يبرر الاعتداء على سلامة جسمه طالما أن هذا الاعتداء لا يؤدي إلى عجزه عن القيام بوظيفته الاجتماعية، ونزع خصية من الخصيتين من أى رجل لا يحدث أى ضرر، فالطبيب الجراح الذي قام بهذه العملية قد أحدث جرحا بسيطا يمكن تبريره برضاء المجنى عليه، ومن ثم لا يسأل الجراح عن نتائجها طالما أنه التزم في إجرائها القواعد الفنية. وقد تأيد هذا الحكم استئنافيا

على أساس أن نزع خصية شخص لزرعها في جسد شخص آخر لا يضعف دائماً عضو التناسل ، فالرضاء بإجراء هذه العملية لمصلحة الأقارب أو المقربين يكون صحيحاً تطبيقاً لنص المادة ٥٠ من قانون العقوبات الإيطالي الذي يقرر بأنه لا عقاب على من يعتدي على حق الغير أو يجعله في خطر ، إذا حصل ذلك برضا صاحب الحق ، وكان من الجائز التصرف في الحق. وقد طعن في الحكم بالنقض غير أن محكمة النقض أقرت الحكم المطعون فيه^(١).

نرى كما يرى بعض الفقهاء أن هذا القضاء منتقد ، لأن استئصال خصية واحدة مع الإبقاء على الأخرى وأن كانت لا تقلل من قدرة الفرد على الإنجاب ، إلا أنها تضعف عضو التناسل وتؤثر بصفة دائمة على الجهاز التناسلي ، كما أن خصية واحدة لا تقوم بوظائف الخصيتين كاملة. وإلا ما كان الله عز شأنه أوجدهما بنا هذا بالإضافة إلى أن رضاء المعطى بالتنازل عن إحدى خصيتيه لا يعتد به لأن الغرض من تنازله عن إحدى خصيتيه جاء لغرض يخالف للنظام العام ، لأنه غرض مادي وليس علاجياً^(٢). هذا وقد نصت المادة الخامسة من القانون المدني الإيطالي على تحريم كل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى المساس الدائم والخطير بجسم الإنسان ، وكذلك كل تصرف يخالف القانون أو النظام العام أو الآداب العامة.

تعليق الباحثة:

نرى أن حق الإنسان في المساس بسلامة جسده كعملة لها وجهان :
الوجه الأول الجانب الفردي ويتمثل في مدى إمكانية حق الإنسان في الانتفاع بجسده مما يجعله يباشر وظائفه على النحو الطبيعي الذي خلقه الله وهذا لا يحدث إلا إذا تحقق للفرد الحماية التي تساعد على الاحتفاظ بالتكامل الجسدي.

(١) 31 janvier 1934 , Cass 505 dans anali 1934 للميد من الأيضاح راجع أنطوان

فهو المرجع السابق - رقم ٢٨٣ هامش رقم ٢٢٤ ص ٤٤٥

- راجع dierkens op cit , no. 75 ,

simon (j) ; op. cit. p. 471

(٢)

أما الوجه الثاني هو الجانب الاجتماعي الذي يتعلق بالنظام العام ، الذي يتمثل في ضرورة حفاظ الفرد على سلامة جسده كي يؤدي جميع واجباته تجاه المجتمع ، لأن إذا كان هناك مساس بسلامة جسده فسوف يعجز الفرد على القيام بالتزاماته ، ونحن نؤيد وجهة النظر الذي قام على أساسها القضاء في القضية السابقة من حيث أن رضاء المجني عليه أو عدم رضائه يعتبر باطلا ؛ لأن كل تصرف يمس سلامة الجسد لا يعتد به ويكون مخالف للنظام العام.

ذهب الرأي الثالث: إلى أن أحقية التصرف في الأعضاء التناسلية والنطف الأدمية من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

انقسم أصحاب هذا الرأي إلى قسمين: أحدهما مؤيد بأن التصرف في الأعضاء التناسلية والنطف الأدمية من الحقوق اللصيقة بالشخصية ، والآخر معارض لهذا الرأي وسنقوم بشرح كل منهما على التوالي:

ذهب الفقه المؤيد بأن هذا الحق^(١) تقرر للإنسان منذ الميلاد ، فبمجرد ولادته حيا تثبت له الشخصية القانونية ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١/٢٩ من القانون المدني بقولها: تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته^(٢).

كما يرى البعض أن الحقوق اللصيقة بالشخصية حقوق غير مالية إلا أنها قد تستتبع الآثار المالية إذا تم الاعتداء عليها يترتب عليه حقا ماليا كتعويض لأصحابها عما حدث^(٣).

وتطبيقاً لما سبق سوف نستعرض هذه الأسئلة:

ماذا يحدث لو توقفت صاحبة الرحم المستأجر جراء هذه العملية أو لو أوصيت بمرض نتيجة هذا الفعل.

(١) د / عبد الحى حجازى - نظرية الحق - ط الثانية - ١٩٥٢ م - ص ١٤
(٢) د / عبد الله مبروك النجار - مبادئ فكرة الحق - ص ١٩٩ ط أولى ١٩٩٤ م
(٣) د / حسن كيره - أصول القانون - دار المعارف ط ثانية - ١٩٦٩ م - ص ٤٣٦ - د /
- أحمد شرف الدين - د / السيد عيد نايل - المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية
الحق ط - ٢٠٠٢ م - ص ١٧١

وعلى الوجه الآخر ماذا يحدث لو تعرض الجنين أثناء وجوده فى الرحم المستاجر إلى أذى عن طريق دم صاحبة الرحم بتعاطيها أى دواء عن طريق الخطأ مثلاً أو العمد فهل يستوجب هذا الضرر تعويض لأصحاب النطف؟ أو سينشأ عن هذا الضرر مسئولية تقصيرية؟ أم سنكون أمام جريمة تبديد؟ بما أن من خصائص الحقوق اللصيقة بالإنسان أنها غير مالية إذا سنطبق مبدأ عدم جواز التعامل والتصرف على رحم المرأة سواء أن كان عن طريق الإيجار أو التبرع أو الهبة وبناء عليه لا يجوز التعامل على رحم المرأة إلا أنه قد يرد على هذا المبدأ استثناء فيما يتعلق بالاتفاقات المتعلقة بالحق فى السلامة الجسدية إذا تمت وفقاً لما نصت عليها القوانين الخاصة بالتبرع بالأعضاء التناسلية لذلك للإجابة على هذه الأسئلة ينبغى علينا التعرض محل الحق لتصنيف نوع الجريمة وهذا سيأتى أن شاء الله فى مبحث القادم هذا وقد أيد القانون المدنى المصرى وكذلك نظيره اليمنى بأن صفة حق الإنسان على جسمه يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية حيث نص على أن " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من حقوق الشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما لحقه من ضرر"^(١).

تعليق الباحثة: ..

نحن نتفق مع الفقه القائل " إن تلك الحقوق التى تستمد أصلها من الشخصية وتكفل للشخص الانتفاع بنفسه ويكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطاً لانفصام له.. ولا تكون حقوق الشخصية من سلطة تتقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف فى نفسه كيفما شاء وإنما هى حقوق موجهة نحو غيره بقصد الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده. نؤيد هذا التعريف من حيث أن هذه الحقوق تتقرر للشخص على نفسه منذ الميلاد وأنها لمنفعته فقط وأنها قررت لتكون حقوقاً موجهة نحو غيره بقصد الاعتراف به وإضفاء الحماية عليه.

(١) المادة ٥٥ من القانون المدنى والمادة ٤٧ من القانون المدنى

ولكنني اختلف معه من حيث أنه اغفل مصدر هذه الحقوق، ومن هو الذى يملك التصرف فيها، فالله - سبحانه وتعالى - أودعها فى البشر وأنا أعنى كلمة أودعها بالتحديد لما ترتبه من الآثار وبالتالي لا يملك الإنسان على نفسه شيئاً ولا حتى التصرف فيه إلا فيما حدده الله صاحب الحق.

الرأى المعارض لفكرة التصرف فى الأعضاء التناسلية والنطف الأدمية من الحقوق اللصيقة بالشخصية، رفض أصحاب هذا الرأى فكرة وصف الحق على حقوق الشخصية واعتمدوا على الأدلة الآتية^(١).

بما أن من أركان الحق: صاحب الحق والمحل الذى يرد عليه الحق، إذن فهذا المفهوم لا ينطبق على كل حقوق الشخصية كالحق فى الحياة والحق فى السلامة الجسدية.

لو سلمنا بفكس الاعتراض: بالشخصية، لأدى ذلك إلى نتائج غير مقبولة، فالاعتراف بحق الحياة والحق فى سلامة الجسدية معناه الاعتراف بالحق فى الانتحار.

الرد على هذا الاعتراض:

بما أن فكرة الحق لا تتنافى مع تقيدها للصالح العام إذ يجوز حظر بعض صور استعمال الحق أو التعسف فى استخدامه، هذا التصور ليس إلا نتيجة خطأ فى فهم فكرة المحل من الناحية القانونية لأنه ليس من اللازم أن يكون المحل دائماً معيناً إذ قد يكون وعاء الانتفاع والحق فى حقوق الشخصية هو علاقة بين صاحب الحق والكافة ويمقتضى هذا الحق تمتنع على كافة المساس به^(٢).

رأى الباحثة:

نحن مع الرأى المعارض لفكرة وصف الحق على الحقوق الشخصية، من حيث أن صاحب الحق هو الله ومحل الحق هو الإنسان فكيف يتصرف الإنسان فيما لا يملك فلو سلمنا بأن الإنسان يمكن أن يتصرف فى نفسه بموجب أنه يحق له باعتبار أن هذا من الحقوق اللصيقة بشخصية فهذا معناه الاعتراف له بالحق فى

(١) للمزيد من هذه الأدلة راجع د/ أحمد شرف الدين - د/ السيد عيد نابل - المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية الحق ط - ٢٠٠٢م - ص ١٦٥ وما بعدها
(٢) د/ على حسن نجيدة - نظرية الحق - المرجع السابق - ٥٢

الانتحار، فكيف يكون المالك والمملوك شخصا واحداً، أما بالنسبة لحظر بعض صور استعمال الحق فنحن نرى أن الحق لا يتجزأ كما يرى أصحاب الرأي المعارض لوصف الحق على حقوق الشخصية، وجدير بالاعتراض: أن يكون المحل معيناً؛ لأن عدم اشتراط أو تعيين المحل يؤدي إلى الخطأ في فكرة المحل أن حقوق الشخصية لا يجوز التصرف بها بعكس الحق، حيث يجوز التصرف به بكافة أنواع التصرف ويكون لصاحب الحق مطالبة المعتدى على محل الحق أن يعيد الحال على ما كان عليه، وهذا بالطبع غير ممكن في حالة الاعتداء على الحق في الحياة على سبيل المثال ويرد على هذا الاعتراض:

بأنه ليس من صفات الحق ولا من سماته وجوب رد محله في حالة الاعتداء إلى ما كان عليه لأنه وأن كان التنفيذ العيني هو الأصل إلا أنه يجوز العدول إلى التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً^(١) كما أنه ليس صحيحاً أن نقول من شروط وجود الحق، قابليته للتصرف فيه والنزول عنه، بل هي لا تتعدى أن تكون صفات للحق لا يترتب على نفيها نفي صفة الحق، لأنه ما يعد من شروط الحق هو إمكانيته حماية ورد الاعتداء عنه.

- نعم أنا مع الرأي المعارض القائل بأن الحقوق الشخصية لا يجوز التصرف فيها بعكس الحق فيجوز التصرف فيه بكافة أنواع التصرف ويكون لصاحب الحق مطالبة المعتدى على محل الحق أن يعيد الحال على ما كان عليه وهذا بالطبع غير ممكن في حالة الاعتداء على الحق في الحياة على سبيل المثال؛ لأنه كيف يجوز للمتفع بالشئ وهو الإنسان ومحل الانتفاع وهو الجسد التصرف في الوديعة التي بحوزته فهي أمانة إلى أن ترد إلى مالكها وهو الله - عز وجل - ولو كان لنا حق التصرف بها لكان من حق الإنسان أن ينهي حياته بنفسه لا يعاقب على ذلك.

(١) د/ على حسن نجيدة - نظرية الحق - المرجع السابق - ٥٣

وانطلاقاً من هذا الرأي نرى أنه لا يجوز للمرأة أن تتصرف في رحمها إيجاراً أو تبرعاً بالحمل لصالح الغير؛ لأن حقها قاصر على الانتفاع به فقط، وحق الانتفاع قاصر على صاحبه، لا يجوز لغيره أن يباشره نيابة عنه.

ويضاف إلى ذلك، لا يجوز أيضاً الحمل عن طريق الرحم المستأجر إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة أخرى (ضرة) لزوج صاحبة البيضة المخصبة وذلك لأنها لا يجوز لها أن تتصرف في رحمها تأجيراً أو تبرعاً بالحمل لصالح الغير، لأن حقها عليه لا يتعدى حق انتفاع.

ونحن نرى أنه يجب إصباغ الحماية للأعضاء التناسلية والنطف الأدمية في مواجهة أرائته المنفردة وذلك عن طريق حظر أى تصرف يقع على الرحم سواء بالايجار أو بالبيع أو بالتبرع مما قد يؤدي بالمساس بسلامة حياة المرأة يعتبر تعدى على ملكية الله لجسد الإنسان، ولكن حق الله غالب فيه. وعلى ذلك فلا يعتد برضاء صاحبة الرحم المستأجر وما ينطوي على مساس بالجسد باعتبار أن الرحم جزء منه، لتعلق الأمر بمصلحة الجماعة ونظامها.

كما يقول البعض أن جسد الإنسان يعتبر من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وحق العبد وحق الله تعالى هو الغالب^(١). ومن خلال رؤيتنا عن الموضوع نختلف مع الرأي السابق الذى يرى أن حق التصرف فى جسد الإنسان يعتبر من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى، وحق العبد وحق الله تعالى لهو لغالب؛ لأننا نرى أن جسد الإنسان يعتبر من الحقوق الخالصة لله تعالى، ولا يحق للمرأة تأجير رحمها أو التصرف فيه، لأن الرحم عضو من أعضاء الجسد، والجسد ملك لخالقه، إذن لا يجوز التعامل على ما لا تملك هذا فيما بين الإنسان وربه أما فيما يتعلق بحق العباد حق العبد يقبل الإسقاط والتملك ومما تقدم نستنتج بما أن الإنسان لا يملك حق التملك على نفسه البشرية لأنها كما ذكرنا ملكا لله تعالى؛ إذ يجرم ويقع فى دائرة العقاب أى تصرف يقع من الإنسان ويؤثر على سلامة جسده.

(١) شرح الازهار - الجزء الثالث - ص ٣٠ التاج المذهب - الجزء الثانى - ص ٣٤٠ - د/ حسن الشاذلى - انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان اخر حيا او ميتا - بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الاسلامى - العدد الرابع - ط الاولى ١٩٨٨م ص ٢٨٨

ومن هنا يتضح أنه لا يجوز مطلقاً بيع الأدمى ولو شعرا بعد انفصاله^(١) وتطبيقاً لهذا الكلام يجدر بنا قول رسول الله ﷺ "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فأستوفى منه ولم يوفه أجره"

هنا تبادر إلى ذهني علاقة تأجير المرأة لرحمها ويعد ذلك تقوم بتقديم طفلها على طبق من فضة إلى امرأة ثانية مقابل مبلغ من المال ألا تشاركني الرأي في أن هذه العلاقة تشبه قول رسول الله "ورجل باع حراً فأكل ثمنه" نحن نرى أن الطفل الناتج من هذه العلاقة يشبه الحر الذي باع وأكل ثمنه أي باعتته المرأة صاحبة الرحم المستأجر للمرأة صاحبة النطفة الأنثوية بعد تمام نضجة.

ويضاف إلى ذلك أن حق الله في حياة الإنسان وسلامة أعضائه يكون بهدف عدم إعاقة الشخص من القيام بالتكاليف الشرعية إذ يقول الله تعالى في كتابه الكريم [وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ]^(٢) ما حق الشخص في جسده فيكون له حق الانتفاع لتحقيق مصالحه فقط^(٣) وبالتالي فلا يسوغ له بحال من الأحوال أن يتصرف بشيء منه.

من خلال رؤيتنا للموضوع نستنتج أن رحم المرأة من الحقوق التي لا تقبل التملك لأنها ملك لله - عز وجل - ولا يحق لها سوى الانتفاع به لصالحها فقط وبالضوابط الشرعية التي حددت لها أما التصرف به لما يعود عليها بالأذى فيكون من قبيل الاعتداء على حق الله في هذا الجسد.

المطلب الثالث

سلطة صاحبة الرحم في ممارسة حقها على سلامة جسدها

جاءت النظم القانونية لحماية حقوق الإنسان والتي من أهمها حق الإنسان في سلامة جسده، ونود أن نبين طبيعة هذه السلطة التي خولت للإنسان

(١) أبي عبد الله محمد ابن ماجة سنن ابن ماجة - دار احياء الكتب العربية ١٩٥٣ الجزء الثاني ص ٨١٦

(٢) الذاريات: الآية ٥٦.

(٣) د/ محمد سعيد رمضان البوطي انتفاع الانسان بأعضاء الجسم الانسان اخرجها او ميتا - مجلة مجمع الفقه الاسلامي - العدد الرابع - الجزء الاول ١٩٨٨ ص ٢٠١، د/ محمد نعيم ياسين - المرجع السابق ص ١٥٥.

فى ممارسة هذا الحق على سلامة جسده، هل هو حق فردى يخول لصاحبه كل الصلاحيات بحيث يمكنه التصرف فى أعضائه كانتقال نطفه من المكان الطبيعى الذى خصصه الله تعالى له أو باستعمال واستغلال الأرحام لحساب أشخاص غير أصحابها؟ أم هو حق ذو طبيعة اجتماعية لا يستطيع الإنسان أن يتصرف فيه منفردا دون إرادة الجماعة؟ وللإجابة على هذا السؤال سوف نقوم ببحث الاتجاه الفردي للحق فى سلامة الجسد ثم الاتجاه الجماعى، وأخيرا سنقوم بعرض رأينا فى الموضوع.

١- الاتجاه الفردي للحق فى سلامة الجسد:

يرى جانب من الفقه^(١) أن الحق فى سلامة الجسد يعنى الاعتراف للفرد بالحق المطلق على جسده، هذا بالإضافة إلى أن القانون يعترف له بالمصلحة فى ألا تعطل وظائف الحياة فى جسده وفى أن يحتفظ بتكامله الجسدى وأن يتحرر من الألام البدنية. ويترتب على الطبيعة الفردية للحق فى سلامة الجسم أن لهذا الحق جانبا شخصيا يتمثل فى مصلحة صاحبه فى أن يظل جسده كما يريد على أكمل وجه منحه الطبيعة. بحيث يستطيع أن يؤدي الالتزامات المطلوبة منه دون قيد، ومن هنا تقرر الاعتراف للفرد بالحق المطلق على جسمه يستطيع أن يمارس عليه ما يشاء من الأفعال الماسة بسلامته طالما تمت بمحض إرادته^(٢) ويترتب على ذلك أن الجانب الفردي للحق فى سلامة الجسم يتمثل فى انعكاس الطبيعة الفردية لحق الشخص على جسمه من ناحيتين^(٣) إحداهما تقرير الحماية الكاملة لعناصر هذا الحق والأخرى الاعتراف له بممارسة كافة السلطات على جسمه.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن كل ما فى الكون مملوك لله تعالى، إلا أنه أباح لنا تملكه مادامنا نستعمله فى الحدود المشروعة التى أحلها الله تعالى. ويمكن القول هنا بأن الجسم وأن كان وديعة من الله تعالى فقد مكن الإنسان من الانتفاع

(١) أنظر فى عرض هذا الرأي د/ محمود نجيب حسنى - المقالة السابقة ص ٥٤٩ - د/ عصام أحمد محمد - الرسالة السابقة ص ٢١٢.

(٢) د/ محمد صبحي نجم: رضاء المجنى عليه كسبب للإباحة - رسالة دكتوراة - القاهرة، ص ٥ وما بعدها، د/ عصام أحمد محمد: المرجع السابق - ص ٢١٣، د/ محمد سامي السيد الشوا: الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم - المرجع السابق - ٢٢.

(٣) د. أحمد محمود سعد: تغيير الجنس - المرجع السابق - ص ٣٧٢.

به والتصرف فيه كالمال فهو مال الله تعالى حقيقة كما أشار إلى ذلك القرآن الكريم بقوله تعالى: [وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ]^(١) ولكنه ملك الإنسان هذا المال بتمكينه من الاختصاص به والتصرف فيه وكما يجوز للإنسان التبرع بجزء من ماله لمصلحة غيره ممن يحتاج إليه كذلك يجوز التبرع بجزء من بدنه لمن يحتاج إليه.

والفرق بينهما أن الإنسان قد يجوز له التبرع أو التصديق بماله كله، ولكن في البدن لا يجوز التبرع ببدنه كله ولكن يجوز أن يوجد ببعض بدنه لإنقاذ مريض من تهلكة أو ألم مبرح أو حياة قاسية. وإن كان يشرع للمسلم أن يلقي بنفسه في اليم لإنقاذ غريق أو يدخل بين السنة النار لإطفاء حريق أو أنفاذ مشرف علي الفرق أو الحرق، فلماذا لا يجوز أن يخاطر المسلم بجزء من كيانه المادي لمصلحة الآخرين ممن يحتاجون إليه^(٢)، ولو لم يكن كذلك لما كان العفو من حق الأفراد لأن حقوق الله لا تسقط بالعفو من أحد الناس^(٣).

ويرون^(٤) أن الإنسان يملك هذا الجسد ويستطيع الاحتجاج به في مواجهة الغير باعتباره مالكا. والدليل علي ذلك أن الدستور المصري في المادة "٤٣" أعطى الإنسان الحق في قبول التجارب الطبية والعلمية علي جسمه أو رفض تلك التجارب، وهذا أن دل فإنما يدل علي ملكية الإنسان لهذا الجسد، وإلا لما اعترف له الدستور بالقبول أو الرفض لهذه التجارب كما أن القانون لم يجرم الانتحار ولا الشروع والاشتراك فيه، وفي هذا اعتراف من المشرع بملكية الإنسان لجسده وإلا لعاقبه علي ذلك، لذلك يعتبر رضا المريض بممارسة العمل الطبي علي جسده لحمايته يعد شرطاً من شروط إباحة العمل الطبي^(٥).

(١) سورة النور جزء من الآية ٣٣.

(٢) د/ يوسف القرضاوي - فتاوى معاصرة - ٥٣٠/٢.

(٣) لمزيد من التفاصيل د/ محمد نعيم ياسين - المرجع السابق ص ٢٩.

(٤) أنظر في عرض هذا الرأي د/ محمد سعيد خليفة - الحق في سلامة الجسم - دار النهضة العربية ص ٤٠.

(٥) د/ محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ص ١٨٥. أنظر في عرض هذا الرأي د/ عبد الحى حجازي - المدخل لدراسة القانون - نظرية الق ص ٢٤ - د/ محمود نجيب حسني المرجع السابق ص ٥٤٨ - عصام احمد محمد - المرجع السابق - ص ٢١٥ - ٢١٧.

ب- الاتجاه الاجتماعي للحق في سلامة الجسد:

يرى البعض من الفقه أن الاتجاه الفردي ليس هو الطابع الوحيد للحق في سلامة الجسد بل يوجد جانب آخر يكمله، وهو الاتجاه الاجتماعي الذي يتمثل في حق المجتمع، ويترتب علي الاتجاه الاجتماعي نتيجة هامة هي ألا يعد رضا المجني عليه سببا عاما لإباحة جرائم الاعتداء علي هذا الحق فالرضا تصرف في الحق ولا بد أن يصدر من صاحب صفة فيه حتى ينتج أثره لإباحة الفعل وإذا رضى الشخص بهذا المساس اقتصر رضاؤه علي جانبه الفردي ولا يمس الجانب الاجتماعي.

بالنسبة إلى الفقه والاسلامى فيحرم أن يؤذي الشخص نفسه بأي وسيلة كانت كان يقطع عضوا من أعضائه لغير عذر ولو كانت عصمة الأعضاء حقا خالصا لصاحبها لما حرم عليه ذلك^(١).

هذا وقد أيد القضاء المصري هذا المبدأ ورجح الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم فقضت محكمة النقض في ١٢/٦/١٩٣٩ بأن جريمة الضرب أو الجرح تتم قانونا بارتكاب فعل الضرب أو الجرح عن إرادة الجاني وعلم منه أن فعله يترتب عليه المساس بسلامة الجسم فلا يؤثر في ذلك رضا من وقع عليه الضرب أو الجرح^(٢). وفي حكم آخر لنفس المحكمة في ٨/٤/١٩٤٦ قولها أن رضا المصاب بما وقع عليه من ضرب أو جرح لا يؤثر في قيام الجريمة^(٣). وعلى ذلك يتضح التركيز علي الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المصري.

ج- تقييم الباحثة:

من الملاحظ أن لتحديد طبيعة الحق في سلامة الجسد من استقراء ما سرده الاتجاهان السابقان حول طبيعة هذا الحق سواء أن كان حقا فرديا يقتصر

(١) أ/ عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الإسلامي - المرجع السابق - ١ / ٤٤٧ - د/ حسن الشاذلي - المرجع السابق ص ١١١.

(٢) نقض ١٢/٦/١٩٣٩ - المجموعة الرسمية - السنة ٤١ - رقم ٧٦، ٩٠ من نفس المجموعة.

(٣) الطعن رقم ٦١١ السنة ١٩ ق جلسة ٨/٤/١٩٤٦.

ممارسته على الفرد وحده أم أنه حق اجتماعي لا يقدر الفرد على مزاويلته دون مراعاة الأخذ باعتبار الجماعة، ومن ثم الآثار المترتبة على تطبيق هذا الحق سوف تنعكس على مصلحة الجماعة ككل، سوف لا يجد تفسيراً واضحاً لطبيعة الحق فى المساس بسلامة الجسد لو أخذ بأحد الاتجاهين على حدة لأننا نرى أن الاتجاهين يكمل بعضهما بعضاً لا نستطيع أن نعتمد على الحق الفردي وحده أو الحق الاجتماعي.

إذا فالجسد أمانة من الخالق أودعها للأفراد كمثيلتها من النعم التي أودعها الخالق فى خلقه على أن يكون للفرد حق الحفاظ عليها وليس حق التصرف فيها حتى يحين ردها للخالق - عز وجل - ويكون الحساب على قدر العمل.

وجدير بالذكر نرى أن الاتجاه الفردي ناقض نفسه من حيث اعترافه للفرد بممارسة كافة السلطات على جسمه.

فى الوقت الذى يرى أصحاب هذا رأى أن كل ما فى الكون مملوك لله تعالى، بالإضافة إلى أن الله أباح للفرد تملكه مرة وأخرى جعل الجسم وإن كان وديعة من الله تعالى فقد مكن الإنسان من الانتفاع به والتصرف فيه كالمال فهو مال الله تعالى فكيف يكون المالك والمملوك واحداً هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى جعلوا الجسم وديعة من الله.

نحن نتفق مع أصحاب هذا الاتجاه فى أن الله وحده هو المالك للجسد الإنسانى، وأن هذا الجسد وديعة من عند الله لا يصح التصرف عليها، ونختلف معهم فى الأزدواجية ملكية الجسد لله ثم منح الله ملكيته للإنسان.

استدل أصحاب الحق الفردي فى سلامة الجسد فى أدلتهم على نص الدستور المصرى فى المادة (٤٣) الذى أعطى للإنسان الحق فى قبول التجارب الطبية والعلمية على جسمه أو رفض تلك التجارب وهذا أن دل فإنما يدل على ملكية الإنسان لهذا الجسد.

نحن لا نتفق معهم فى هذا الاستدلال لأننا نرى أن المشرع عندما أعطى للإنسان هذا الحق كان قصده تضيق وتشديد الحصار على ممارسة التجارب التي تقع على الجسد الإنسانى لما يترتب عليه من الآثار؛ حتى لا يترك العنان ويكون

الجسد حقل تجارب ، مما يؤدي إلى إهدار قدسيته لا للملكية الإنسان لهذا الجسد وذلك قياساً عند دخول الفرد أحد الأماكن المؤجرة يجب الاستئذان من المستأجر وليس للمالك باعتبار الأول الحائز المتفع لهذا المكان ، وبالتالي يجب أخذ موافقة الإنسان في إجراء التجارب الطبية عليه باعتبار أن الجسد وديعة من الله عنده وليس باعتباره مالك له.

مما لا شك فيه أن الطبيعة البيولوجية للنطف تجعل من الصعب التعامل عليها ولذلك فكما أنه لا يجوز للإنسان التصرف في جسده فإنه لا يجوز له التصرف في المادة التي يتخلق منها الإنسان.

فسلامة الجسد من النظام العام وحمايتها أمر يستلزمه الصالح العام ، وهذا إعمالاً بالقاعدة "الأصل هو عدم جواز تصرف شخص في سلامة جسمه ؛ لأن رضاء المجني عليه لا يعد سبباً من أسباب الإباحة في الأفعال الاعتداء على جسم الإنسان.

ومما سبق تبين لنا أن الحق في سلامة الجسم في الشريعة الإسلامية من الحقوق الخالصة لله عز وجل وليس من حقوق العباد ولا من الحقوق المشتركة بين الله والعبد كالقصاص فالحكمة من جعل الله عز وجل طلب القصاص والعفو عليه للمجني عليه هو للزجر والعبرة في العقاب الدنيوي وليس لازدواجية الحق بين الله والعبد فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده بالقتل مثلاً أو بالتنازل عن أحد أعضائه بغير مبرر شرعي لأن الله خلق الإنسان لعبادته واستخلفه في الأرض وعليه القيام بالواجبات وعليه الالتزامات فلو ترك له العنان في التصرف فلربما يسيء في استعمال حقه كما أنه قد يعطل بعض وظائف الجسم مما ينعكس على قدرة الإنسان فيجعله غير قادر على أداء الدور المنوط به تجاه نفسه وتجاه الله سبحانه وتعالى^(١) وتجاه المجتمع.

يحسب للقانون المصري إصداره من القوانين التي تحدد الجزاءات في حالة الاعتداء على سلامة الجسد ولقد اجمع الفقهاء وكذلك القضاء على عدم

(١) الشاطبي - المرجع السابق - ٣١٨/٢.

الاعتداد برضاء المجني عليه في المساس بجسده^(١). وبناءً على ذلك لا يستطيع الشخص أن يتصرف في جسده كيفما يشاء.

ففي حالات تأجير الأرحام يتوافر الجانبان الجانب الفردي للحق في سلامة الجسد المتمثل في المصلحة الشخصية غير المشروعة لإفراد العلاقة والجانب الاجتماعي المتمثل في الضرر الذي يعود على المجتمع فرغم أن للإنسان حقاً في سلامة أعضائه التناسلية والتمتع بالإنجاب إلا أن القيام بهذه العملية يكون غير مشروع وذلك لعدم أحقية الإنسان لتسخير نفسه أمام رغباته، فليس كل ما يهواه الإنسان يستطيع أن يفعله فهناك محظورات من الله - عز وجل - وضع لها تكليفاً أحياناً تكون محرمة أو مكروهة أو غير مستحبة.....

على الرغم من موافقة المرأة صاحبة الرحم المستأجر على استخدام رحمها لغرز نطفة أمشاج الغير بداخل رحمها إلا أن هذا الفعل يعد اعتداءً على سلامة الجسد، ولا يحق لها فعل ذلك إلا إذا كان الشرع قد أباح الانتفاع به لحساب الغير.

ولحسم هذه المسألة تحتم علينا البحث في الطبيعة القانونية لنطفة الأمشاج سواء أن كانت معلومة أو مجهولة الهوية عندما حصدت الحقل الطبية الطرق العلاجية التي تساعد على إعاقه الإنجاب، وقد يترتب على استخدام

(١) ويوافق الفقه المصري في ذلك التشريع الفرنسي فالإتجاه الغالب في فرنسا يجرّد رضاء المجني عليه من كل قيمة كسب إباحة للمسّاس بالحق في سلامة الجسم ويبرّر فقهاء القانون المدني ذلك بأن هذه الحقوق بطبيعتها ملازمة لشخصية الإنسان أما فقهاء القانون الجنائي فينظرون للمسألة من منطلق أن حقوق الفرد بصفة عامة مقيدة بحقوق غيره من الأفراد من جهة وبحقوق المجتمع من جهة أخرى وأكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ عندما قررت أنه لا يعد من قبيل الجناية أو الجنحة التي تقترب عن عمد متى ارتكبت بناء على تصريح القانون في حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو الغير وكذلك القانون الإيطالي الذي يجرّد رضاء المجني عليه من كل قيمة مادام فعل الاعتداء مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ويترتب عليه نقص دائم في الكيان.

كما قرر في المادة (٥٥٢) عقوبات إيطالي أن الأعمال التي يقصد من ورائها تغيير الجنس تنال من عناصر الحق في سلامة الجسم وتؤدي إلى أنتقاص دائم في تكامله حتى ولو كانت برضائه لعدم توفر ضرورة علاجية في هذه العمليات التي تدخل في دائرة التجريم البدني للشخص وكذلك القانون السوداني والكويتي والهندي. أنظر في تفصيل ذلك د/ محمد سامي الشوا - الرسالة السابقة - ص ١١٣ وما بعدها - د/ محيي الدين عوض - قانون العقوبات السوداني سنة ١٩٧٩ ص ٥٥٢.

هذه الوسائل المستحدثة بقاء النطف الأدمية خارج المكان الطبيعي الذي أعده الله لها وهو الرحم فى بنك المنى.

فالبحت فى طبيعة ووصف هذه البويضة المخصبة يرتبط فى الاصل بإخصابها بيولوجيا خارج وعائها الرحمى ، وجودها تحت السيطرة البشرية دون أن يلحقها التطور الجنى، فلو أنها زرعت فى جدار الرحم لاستمر نمو الأطوار الجنينية المتوالية، لتصبح فى الطور الأخير منها جنينا متكامل البنية والتصوير. وعندئذ تنسحب عليها مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بالحمل المستكن فى مختلف أطوار اكتمالها.

فنطفة الأمشاج محل هذا الكتاب إذا هى النطف الأدمية المودعة أحد بنوك النطف والأجنة دون أن تنغرس فى جدار رحم الأنثى. وانطلاقا من ذلك يتبين لنا ضرورة تحديد ماهية الحق فى الحفاظ على البويضة المخصبة :

الحق فى الحفاظ على البويضة المخصبة هى المصلحة التى يحميها القانون فى أن تظل البويضة المخصبة مؤدية كل وظائفها على النحو العادى الطبيعى ، وإلا تنحرف فى كيفية الأداء على النحو الذى حدده الله جل شأنه .

قد أثبتت فى فرنسا عام ١٩٧٠ م ، فيما يتعلق بالحماية القانونية للبويضة المخصبة بوصفها جنينا يستقر فى الرحم ومدى علاقة ذلك بالحرية الفردية للمرأة ، حتى أن وصل الأمر بأن تلقح امرأة أجنبية بمنى رجل أجنبى ثم تزرع فى رحم امرأة أجنبية. ولن يكتفى بذلك بل وتداولت النطف الأدمية بالبيع والشراء. ونريد أن ننوه إلى أن البحث فى مسألة طبيعة البويضة المخصبة ليس للوصف التشريعى للجينات من الناحية الفسيولوجية ولكن لمعرفة تبنى أحد الآراء المختلفة فيما بينهم وذلك حتى نصل إلى أن نطفة الأمشاج لها طبيعة قانونية وحماية لا يجب أن يستهان بها بالإضافة إلى أنه سترتب على استعمالها من بنوك النطف أو بالتداول عن طريق البيع أو الشراء ، الآثار بالغة الخطورة لذلك بدأ الجدل عند الفقه الفرنسى عام ١٩٧٠ م تعكس مدى توافق الحماية القانونية للبويضة المخصبة مع التعرف على حقوق هذه البويضة تجاه الآخرين ، وعلاقة ذلك بالحرية الفردية للمرأة فى الإجهاض ، وأمام إغفال المشرع الفرنسى ببيان الطبيعة القانونية المتعلقة بها فقد اختلف فيما بينهم حول طبيعة هذه البويضات

المخصصة وانقسموا إلى قسمين ، ولذلك سوف نعرض تلك الآراء على التوالي.
ثم نقوم برصد رأينا تجاه هذه المسألة.

المطلب الرابع

موقف الفقه الفرنسي من تداول النطف الأدمية

انقسم الفقه الفرنسي إلى فريقين متعارضين حيث يرى الفريق الأول عدم جواز بيع النطف المنوية أو البويضات الأدمية أما الفريق الثاني فيرى جواز بيع النطف الأدمية. ولكلا منهم الأدلة والأسانيد التي سوف نوضحها.
١- الرأى القائل بعدم جواز بيع النطف المنوية والبويضات الأنثوية:

يرى أصحاب هذا الرأى أن تداول هذه الأشياء بالبيع قد يؤدي إلى مخالفة النظام العام مما يصعب التغلب عليها. لأن التسليم بالبيع يعنى أن النطف الأدمية يمكن أن تكون محلا لحق ملكية ، والإنسان ليس له على جسمه أى حق له طبيعة مالية.

وإذا سلمنا جوازا بيع النطف الأدمية سوف يؤدي بنا إلى ظهور المعطين donneurs ، ومما يؤدي ذلك إلى زيادة المخاطر التي تترتب على التزاوج بين الأقارب والعصيات consangaintre ولقد لاحظ أصحاب هذا الرأى أن التعامل فى هذه الأشياء يكون من قبل الطبقات الفقيرة المحرومة defavorisee التي تلجأ إلى ذلك ؛ حتى تستطيع العيش. ولقد لاحظ أصحاب هذا الرأى أن هذا هو عين ما يحدث فى دول العالم الثالث بالنسبة فى التعامل فى الدم " N'est du tiers monde pour le "ce pas ce qui ce passe dans certains pays sang وإذا كان بيع المنى البشرى والبويضات يعد عملا غير جائز لهذه الأسباب فإن جواز التبرع به أو هبته لا يلقي نفس المعارض طالما أنه يتم بلا مقابل وطالما أن هدفه ينحصر فى مساعدة زوجين عقيمين على قهر العقم والتغلب عليه.

كما يشترط أن يكون المعطى مجهولا anonyme لأن محاولة معرفة مصدر السائل المنوى geniteur سواء من قبل الأم أو الطفل يؤدي صعوبات

(١) Guy Raymond la pro creation artificielle et le francais, sem. jur 1983 -3114.

والأم لا تحتل^(١) من ثم فلا يدفع المستفيد سوى مصاريف الحفظ والبحث والتدخل الجراحي.

ولتفادي كل تعسف ينادى الفقه الفرنسي^(٢) بأن تحدد السلطة العامة التعريفة التي تتبع في هذا الشأن كما هو الحال بالنسبة للتبرع بالدم، وتقديم أو
توريد لبن الأم la fourniture de lait maternel
تعليق الباحثة:

نحن نتفق مع هذا الرأي في مسألة عدم جواز بيع النطف الأدمية ولكننا
نختلف معه في العلة من عدم الجواز، حيث يرى هذا الفريق أن التسليم ببيع هذه
الأشياء سوف يؤدي إلى اختلاف أثمانها حسب اختلاف صفاتها مثل اللون
والجنس ولون العيون داخل اللون الواحد والجنس الواحد وهذا سوف يؤدي إلى
ظهور المعطين (المانحين)، كما سبق وأن أشرنا واقتصر أن يكون التعامل على
النطف من خلال التبرع وليس البيع، وهذا يعنى أن نكون أمام سوق عكاظ
للتداول نطف البشر.

نحن نرى أن هذا الفريق ناقد نفسه في بداية الأمر يرى أن الإنسان ليس على
جسده حق من طبيعة مالية، وسرعان ما اقر بتبرع أو هبة النطف المنوية فكيف يكون
ذلك، نرى أن الإنسان لا يحق له التصرف في نطفه بالبيع أو التبرع ولأنها ليست محلا
للحق.

٢- الرأي المؤيد بجواز بيع النطف المنوية والبويضات الأنثوية :

بادئة ذات بدء يرى أصحاب هذا الرأي أن جواز التعامل على النطف
المنوية يتوقف إلى حد كبير على تحديد طبيعته القانونية باعتباره محل الاتفاق^(٣).
كما يرى أصحاب هذا الرأي أن أثناء حياة الإنسان يكون الجسم
والشخص مرتبطين بالضرورة ومن ثم يظل صحيحا القول بأن الجسم ليس

(١) أنظر المعلومات التي قدمها في هذا الخصوص : G. DAVID in droit de la
GES , chrित्रion ATLAS , Scientique p. 108 filiation et progress
PARADOXES DU REALISME biologique en matiere de
dact 3165 . ١٩٨٤ , filiation

(٢) GUY Raymond op. cit. j.c.p. 1983 - 3114.

(٣) X A V IER L ABBE, L INSEMINATION aartificielle prartiquee
après la mort du donneur , gaz. pal 1984 - 401.

مرادفا للشخص فالجسم ليس الا الغلاف envelope أو الهيكل carcasse^(١) وطالما أن الجسم يحمي موضوعه أو محتواه (الشخصي) فإنه يتمتع لذلك بحق من حقوق الشخصية، فيخرج نتيجة لذلك عن دائرة التعامل ويترتب على ذلك حتما أنه إذا لم يكن يحميه أو محتويه لسبب أو لآخر فإنه لذلك يفتقد المبرر لخروجه من دائرة التعامل.

ومن ثم يقول labbee" أستطيع أن أبرم عقدا مع شخص كي أدافع عنه لكن لا أستطيع أن أبرم عقدا مع جثته أو مع لتر من الدم أو مع عضو مبتور^(٢). هذا وقد أجاز المشرع المصري بيع الدم وهو من الحقوق الشخصية في القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فيقاس عليه باقي الأعضاء.

فالشخص عندما يتبرع بعضو من أعضائه أو ببعض من دمه لشخص آخر فإنه لا ينقل له عنصرا من عناصر شخصيته، يحتفظ فيه بذاته، والمتلقي بدوره ليصير محملا بعنصر من عناصر شخصيه المعطى بل على العكس، فإنه العضو أو المنتج produit المعطى سوف يشكل جزءا لا يتجزأ في جسم المتلقى ويصير دعما أو سندا supporte لشخصيته.

ويرى هذا الفقه إذا كان الجسم هو وعاء الشخصية وغلافها، فإنه ليس المرادف لها حتما. ومن ثم يمكن أن نعطي للأعضاء أو ناتج الجسم الحماية التي تعطى للشخصية اتها.

وبذلك لا تعدو الأعضاء التي توجد في بنوك حفظها، وزجاجة الدم الذي نحصل عليه من المتبرع الا أن تكون مجرد أشياء، ونفس الشيء يجب أن يقال عن المنى المحفوظ بالبنوك.

وهناك سؤال يطرح نفسه هل النطف الأدميه داخل أم خارج دائرة التعامل؟ مع العلم بأن الأشياء في القانون لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد.

(١) M. DEKKERS , LE CORPS HUMAIN ET LE DROIT , travaux H. capitant 1975 t. XXVIP.

(٢) X A V IER L ABBE, la condition juridique du cadaver th lille 1981 p. 25

والإجابة على هذا التساؤل تقتضى تحديد المقصود بدائرة التعامل dans la commerce ونقصد بدائرة التعامل بصفة عامة أمكانية أن يكون الشيء محلا لاتفاق قانوني ، وبذلك إذا كان الى خارج دائرة التعامل ، فإن ذلك يعنى أنه لا يمكن أن يكون محلا لتصرف قانوني^(١).

وطالما أن المشرع اعترف صراحة بمشروعيه الهبة أو التبرع به (دم أو منى مثلا) يعد شيئا داخل دائرة التعامل

إذ لو اعتبر المني أو الدم أو أى عضو، شخصا، فإن ذلك كان يستلزم ضرورة عدم إمكان التبرع به ، وعد إمكان بيعه ، فلا يمكن أن نتبرع بشخص كما لا يمكن أن نبيعه. فإذا كان المني متبرعا به _ وهولن يكون الا كذلك فهذا يعنى أنه شيء يمكن أن يكون محلا لعمل قانوني خاص ، وهذا يعنى أنه شيء داخل دائرة التعامل".

وإذا كان التبرع بالدم والأعضاء ، وحتى التبرع بالجسم كله (بعد الوفاة طبعا) مصرح بهما صراحة.

الا أنه لا يوجد تشريع عام ، يتناول مشروعية أو عدم مشروعيه المقابل لهذا العمل ، فالنص الذى وضع فى عام ١٩٥٣ لتنظيم نقل الدم فى فرنسا ، على الرغم من كونه وضع مبدأ عدم المقابل ، إلا أنه جاء فى عجزه وأن كان وقت المتبرع يمكن أن يعوض وهذا ما جعل الفقه يقرر دون تردد، أن هناك قرارات تحدد كل عام سعر الدم وكل مشتقاته ، كذلك الحال بالنسبة للبن الأم^(٢).

والاحتكام إلى القواعد العامة فى قانون الالتزامات والعقود لا يبطل الاتفاق إلا إذا فقد شرطا من شروط صحته. كان يكون سبب العمليه غير مشروع أو غير أخلاقى.

(١) راجع بيع الشخص لجثته X A VIER L ABBE th. precitee p. 178 et s

(٢) F. CHABAS , LE CORPS HUMAIN et les actes juridiques en droit francais, travaux l'association h capitant 1975 p. 240 - م ٣ من القانون رقم ١٦ / ١١٨١ الصادر فى ٢٢ ديسمبر الجريدة الرسمية ٢٣ ديسمبر sans prejudice du remboursement, detous les frais qu ils, peuvent ; accosionner, le prelevementne peuvent donner a, aucune partie pecuniaire.

فالبائع لا يبطل الا إذا كان هدف البائع يخالف القانون أو النظام العام والآداب والإبطال هنا لا يكون الا إعمالا للقواعد العامة في العقود " فلا يقال يبطلان كل اتفاق يقع بمقابل بصفه مطردة، بل الأمر يستدعى بحث كل حالة على حده.

ومن ثم كان الأستاذ دافيد على حق عندما قال "في الحقيقة يمكن أن يباع الدم "بلباقة" decemment وهو ما يحدث في غالب الأحوال، وأنه من المفيد اجتماعيا أن يباع الدم بحريه، وهذا لن يوقف كرم المتبرعين بلا مقابل، كما أن تنظيم بيعه لا يمكن أن يوهن أو يضعف الإحسان.... أما الذي لا يمكن أن يباع الشخص.

إذ لو اعتبر المني أو الدم أو أى عضو، شخصا، فإن ذلك يعنى أن نتبرع بشخص كما لا يمكن أن نبيعه

، فإذا كان المني وقال chabas وبهذا يمكن أن ننتهي إلى أن جسم الغير، الذي لا يعد كلية خارج دائرة التعامل، يمكن أن يكون محلا لأعمال قانونية من طبيعة خاصة، قد تكون هبة أو اتفاقات وتخلي، abdicatives. وأحيانا بالنسبة لبعض الأجزاء من الجسم (العظام، الدم....الخ) يولد حق ملكية لا ينتمي للمتبرع سواء أكان حيا أم ميتا، ولا إلى أقاربه، وإنما هو يتولد عن هذه الاتفاقات لصالح الغير. ويمكن لهذا الغير أن ينقله أو يتنازل عنه، في بعض الاحيان بمقابل.

- رأى الباحثة:

نرى أن هذا الفقه يحسب له بحث الموضوع من هذه الوجهة حيث أنه حاول تحديد طبيعة السائل المنوي تحديدا قانونيا وذلك عن طريق تكييفه قانونيا باعتباره محل الاتفاق.

ويؤخذ علي أصحاب هذا الرأي قياس الأعضاء وزجاجة الدم على المني البشرى ولكن نرى أنه قياس مع الفارق، لأنه لا يوجد وجه مقارنة بين المني وقطرات الدم التي تتساقط في بطن من كيس يتدلى منه خرطوم رفيع تنغرس أحد أطرافه، في وريد مريض قد تكون أملا يتمسك به للعودة إلى الحياة التي يكاد يغادرها لولا أن أخذت من وريد شخص آخر أما بأنسبه إلى المني لا يمكن أن

نتبرع بشخص كما لا يمكن أن نبيعه فالذي يباع هنا هو النطف البشرية وهي ممثلة في صورة الأشخاص مستقبلا. وأخيرا لو سلمنا على أن الدم أو المنى أوحثى لبن الأم بأنهم أشياء على اعتبار أنهم منتج متجدد خرج الجسم لا يستتبع حتما التسليم بإمكانية التعامل فيه.

هذا بالإضافة إلى أن القانون المصري رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ قد ورد على سبيل الاستثناء ؛ لأن الأصل عدم جواز المساس بالجسم فى القانون المصري وبالتالي الاستثناء لا يقاس عليه.

يعتبر الحق فى حماية جسم الإنسان من الحقوق التى يشملها القانون بالحماية ، وهذه الحماية تمتد إلى كل أطراف القانون بجميع فروعها ، ولذلك كان من الضروري تحديد نطاق هذه الحماية وبيان الأفعال التى تتعدى على هذه الحماية التى يجرمها القانون للحفاظ على الحق فى الحياة والحق فى سلامة الجسد ،

فلو توافرت الحماية اللازمة للجسد لاحتفظ الإنسان بأكبر قدر من المستوى الصحى الذى يمكنه من مباشر وظائفه الطبيعية على أكمل وجه حتى يؤدى الإنسان الواجبات والالتزامات التى يتطلبها منه المجتمع.

وأخيرا لا يمكن أن نغفل دور الشريعة الإسلامية فى ميدان حرمة جسد وروح الإنسان لم تبلغه ما سبقتها من القوانين ، وإن كان القانون الرومانى لم يغفل هذا الأمر حين أكد أن جسم الإنسان أسمى من الأموال حيث جاء فى مدونة جستنيان ما يأتى : لا يعد أحد مالكا لجسده أو لأعضائه وبالتالي فأن جسم الإنسان يدخل فى دائرة المعاملات المالية ثم تأكد ذلك فى قانون أكويليا سنة ٢٨ ق.م.^(١)

(١) أنظر الدكتور رمضان أبو السعود - الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى - ج ٢ - النظرية العامة للحق - بيروت ١٩٨٣ ص ٥٠٧ - ٥٠٨ .
أن حماية جسد الإنسان وسلامة الحياة نصت عليها التشريعات القديمة ولاسيما ما يخص مسئولية الأطباء عن أخطائهم المدنية فلم يغفل المصريون القدماء مبدأ التكامل الجسدى ولا الشرائع العراقية القديمة خصوصا شريعة حمورابى (المواد ٢١٨ - ٢٢٠). وكذلك الحال عند الاغريق.
عبد السلام التونجى - المسئولية المدنية للطبيب - ١٩٦٦ ، ص ٣٣ وما بعدها.

هذا وقد عنى المشرع على صيغ الحماية الجنائية للحفاظ على سلامة جسد الإنسان ولذلك يتطلب منا أولاً تحديد الحماية الجنائية للبيضة المخصبة.

المطلب الخامس

الحماية الجنائية للبيضة المخصبة

هناك حماية مباشرة وتكون بتطبيق نصوص القانون على الحق مباشرة فيجزم بعض صور المساس بالجسد كالتصرف في النطف الأدمية أو تسخير المرأة لرحمها لحساب مصلحة الغير.

وكذلك عندما يضع المشرع نصوصاً قانونية بهدف ضمان الحماية لحق آخر غير سلامة الجسد الإنسان ولكنه يسديها إليه من خلال حمايته للحق المقصود أصلاً بالحماية مثل :-

حماية حق الجنين في وجود حياه مستقره بعد مجيئه وهذا يتعارض مع انتمائه لأكثر من أم (أم بالرحم - بالحمل - الوالدية) أو الأم بالنطفة (البيلوجية) أو أم بالرضاعة)

وكذلك حبس حق الزوج صاحبة الرحم المستأجر على زوجته الحامل^(١)، وانطلاقاً من هذا هل رضا زوج صاحبة الرحم المستأجر بتأجير زوجته لرحمها على أساس أن هذه العملية سوف يترتب عليها حبس حق من حقوقه على زوجته ضروري لصحة إبرام هذا العقد، هذا إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر متزوجة؟، أما إذا كانت غير متزوجة فهل للمجتمع حق عليها في إتمامها لهذه العملية وظهورها بهذا الشكل؟

وأيضاً في جريمة سقوط المرأة (أجهاض) حيث تنطوي على العدوان على حق الجنين في الحياة فضلاً عن المساس بسلامة جسم أمه الحامل^(٢).

وقد أدت هذه التقنية إلى حدوث اعتداءات ومشاكل كثيرة، وبناء على ما سبق نرى من جانبنا أن عملية تأجير الأرحام تتوافر فيها أركان الجريمة مما

(١) د/ حسين عبيد - جرائم الاعتداء على الأشخاص ص ١١٥، ١١٦ طبعة ١٩٨٣م.

(٢) محمد على الباز - المرجع السابق - ص ٩٣.

يجعلنا نبحث المشرع المصري على وضع تقنين لهذه العملية، وانطلاقاً من هذا الرأي نرى أنه يترتب على إثباته هذه الجريمة عقوبة جنائية.

إن موضوع عمليات تأجير الأرحام أو تصرف الإنسان في نطفه يخص مبدأ حرمة جسد الإنسان أي الحق في التكامل الجسدي، وعدم جواز المساس بسلامة حياة الإنسان أي تعطيل جميع وظائف الجسم أو بعضها كالمساس بسلامة الكيان البدني للإنسان، بالإضافة إلى أن هناك ضحية تترتب على عملية تأجير الأرحام وهي الجنين الناتج من جراء هذه العملية هذا الجنين حكم عليه أن يولد بطريقة غير طبيعية أي بغير الطريقة الفطرية التي حددها الله له في الوجود مخلفاً معه المشاكل المترتبة من جراء هذه الوسيلة من الإنجاب.

وَمَا لَا شَكَّ فِيهِ سَوْفَ تَوَثِّرُ هَذِهِ الْمَشَاكِلُ عَلَى دَوْرِ هَذَا الطِّفْلِ مُسْتَقْبَلًا فِي الْمَجْتَمَعِ أَيْ أَنَّ هُنَاكَ ضَحِيَّةً ثَانِيَةً وَهِيَ الْمَجْتَمَعُ وَنَكُونُ هُنَا بِصَدَدِ عَوَامِلَ مُتَعَدِّدَةٍ مُحَصِّلَتَهَا مُتَوَفِّرَةٌ فِي أَرْكَانِ جَرِيْمَةٍ.

لذلك نقترح من جانبنا أن يتم وضع تقنين قانوني يضعه المشرع بناءً على توافر عناصر وأركان الجريمة قياساً بجريمة الأجهاض مع الأخذ في الاعتبار بالفروق الموجودة بين الجريمتين، لأننا نرى أنه هناك أوجه تشابه بهاتين الجريمتين من حيث أن المجني عليه واحد من وجهة نظرنا في الجريمتين وهو الجنين الناتج. فالأجهاض يترتب عليه التعمد في إنهاء حياة جنين، أما الإنجاب بالأرحام المستأجرة ينتج عنها التعمد في وجود حياة جنين كان من المفترض عدم إثباته بسبب عقم الزوجة.

لذلك نلتمس من المشرع المصري بوضع تقنين يجرم جريمة تأجير الأرحام، وذلك كنظيره الليبي بتطبيق المادة رقم ٢٦١ عقوبات^(١) على عملية

(١) وتنص المادة ٢٦١ عقوبات علي أن: (كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلالاتها عليها سواء كان بروضائها أم لا يعاقب بالحبس). لذا فعقوبة إسقاط الحوامل هي الحبس.

كما تنص المادة (٢٦٠) عقوبات علي أن: كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال المؤبدة. ويفترض هذا الظرف المشدد عدم رضا الحامل بالإسقاط عن طريق العنف.

الإنجاب بوسيلة الرحم المستأجر وذلك لتوافر أركان الجريمة من وجهة نظرنا، وتمثل في ركن المحل القانوني في الجريمة، والمتمثل في رحم المرأة المستأجر الركن الماضي المتمثل في فعل عملية الإنجاب في الاستعانة برحم الغير، وأخيراً الركن المعنوي وهو القصد الجنائي وسوف نتناول كل ركن منهما على حدة.

- الركن الأول "محل الحق" ومحلّه هو الجنين - الأم - المجتمع .

١- "الجنين" :

هل الهدف من وراء تجريم الشرع لعمليات تأجير الأرحام حماية الجنين في أن يولد في مثل هذا الجو الغامض أم ضمان الحفاظ على النظام العام والآداب العامة مثل النسب والميراث الخ.....؟ نرى أنه بما أن لا يعتد برضا المرأة صاحبة الرحم المستأجر أياً كان الباعث ؛ وذلك لأن من المفترض أن الحق الذي تحميه نصوص القانون ليس للأم وإنما هو للجنين.

كما جاء في تبين الحقائق : "الجنين ما دام محتناً في البطن ليست له ذمة لكونه في حكم جزء من الأم ولكنه متفرد بالحياة معد ليكون نفساً له ذمة، فباعتبارها هذا الوجه، يكون أهلاً لوجوب الحق، له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية، ولا اعتبار الوجه الأول لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو أنقلب على مال إنسان فأتلفه صار ضامناً له.

وجدير بالذكر أن المرض العضوي والمرض النفسي للفرد والمساس بسلامة حياة وجسد الشخص هي متكاملة ولا يشترط الإصابة البدنية المادية ؛ لكي يعد الشخص متضرراً من التعدي على قاعدة عدم جواز المساس بسلامة

ووفقاً لنصوص قانون العقوبات المصري لا يجوز إجراء الإجهاض لأي سبب من الأسباب الاقتصادية والاجتماعية للأسرة. ويذكر بعض شراح القانون - أخذاً بمعيار المصلحة الاجتماعية - إلى جواز الإجهاض في الحالة التي يثبت فيها علي سبيل القطع من جانب الأطباء بأن هناك تأثير خطير علي الجنين من الإشعاعات الذرية أو العقاقير أو التلوث فينتج عنه طفل مشوه أو مصاب بمرض وراثي. علي أن يكون ذلك قبل انقضاء الأسبوع السادس عشر. وكذلك أنقاذ حياة الأم وذلك استناداً إلى حالة الضرورة التي تعفي من المسؤولية.

الكيان البدني، ويكفي مجرد الأضرار المعنوية^(١). حتى يثبت له الحق في سلامة صحته وجسمه فالعلاقة كبيرة بين الصحة النفسية والعضوية. فيجب علينا أن نضع في الاعتبار الآثار المترتبة من الطفل الناتج من عملية تأجير الأرحام ومدى حدوث الضرر النفسي عليه وذلك بتشتت مشاعره عندما يكتشف والدتين له الأولى بالحمل والولادة والأخرى بالنطفة الأنثوية، ويحمي القانون حق الجنين ولو كان نتاج لعلاقة غير مشروعة. لوجود حياة خاصة به ونرى أن الشرع والقانون أعطى لهذه الحياة حقها في تحديد الحق الخاص بالجنين منذ فترة الإخصاب وحتى أتمام مرحلة الحمل وهذا يعنى اعتراف القانون بوجود هذا الكيان الماضى رغم وجوده فى الحياة الرحمية وانطلاقاً من معنى الحياة الرحمية لا يكفي اعتراف الشرع أو القانون بوجود هذه الحياة ولكن لابد وأن نلقى الضوء على حقوق النطفة الادمية بمعاملتها كنواة لوجود البشر والاعتراف بقدسيتها التى تترتب عليها الحظر فى إتيانه جنين مفترض أن يولد معه مشاكل لا ذنب له فيها.

هل يثبت للجنين الحقوق المصيقة بالشخصية كما تثبت للشخص الطبيعي؟

يقول الأمام الغزالي "لمادة الإنجاب حياة ذاتية تخوض بها الميدان وتكافح فى سبيل الاتصال بهدفها وحتى تعتنقها وتطرد عنها ما سواها كما قال أيضاً أن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة فى الرحم وتخلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك يعد جريمة.

لذلك أعترف القانون والشرع لمكانة الجنين ومعاملته ككيان مادي له حقوق بمعنى أن حياة الجنين تبدأ بالإخصاب ويتكوين نطفة الأمشاج.

(١) يذكر الدكتور مقدم السعيد في مؤلفه (التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية)، ط ١، ١٩٨٥ ص ١٩٠ - ١٩١ بهذا الخصوص ما يلي: (ويلاحظ أن مسألة الضرر المعنوي المترتب على الاعتداءات الواقعة على الحياة أو على سلامة جسم الإنسان تعتبر مسألة ذات أهمية بالغة وحساسة إذ أن التعويض عن الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات جائز في نظر غالبية الفقه والقضاء وتدخل في إطاره عدة أنواع من الضرر تختلف عن بعضها البعض ومنها التعويضات الممنوحة للتخفيف عن الآلام الجسمانية المترتبة على وقوع الحادث الجسماني).

إذا كانت الأم محكوما عليها بالإعدام يوقف تنفيذ الحكم بعد أتمام الولادة والرضاعة.

لا فرق بين جنين نشأ في داخل الرحم وآخر نشأ خارج الرحم لأنه يعد كائنا بشريا تجب حمايته. حجز نصيب الجنين في الميراث حتى يولد ويتبين نوعه. وبشوت الحقوق اللصيقة للشخص الطبيعي لا يعنى أن الجنين ليست له شخصية معبرة إذ أن الجنين له ذمة مالية، وإن كانت ناقصة، لأنه وأن كان لا يعتبر كائنا بشريا بالمعنى القانوني حيث أن لحظة الميلاد هي المعيار الحاسم في تحديد صفة هذا الكائن، وعند هذه اللحظة لا يعد جنينا وإنما يعد أنسانا حيا له شخصية قانونية، أما قبل ذلك، وكما يذهب الفقه والاسلامى فإن له جهتين ينظر إليه منهما، فمن جهة كونه جزء من أمه يقر بقرارها، وينتقل بانتقالها فإنه ينظر اليه على أنه فى حكم أجزائها وبالتالي: لا تثبت له ذمة مالية، أما من جهة كونه نفسا مستقلة ومنفردا عن أمه بالحياة ومتهيثا للانفصال عنها وصورته أنسانا مستقلا فإنه ينظر اليه على أنه إنسان مستقل عن أمه وبالتالي تثبت له ذمة مالية.

وقد روعي فيه هاتان الجهتان، فلم يثبت له الفقهاء ذمة كاملة كما لم ينفوا عنه الذمة مطلقا، وإنما أثبتوا له ذمة ناقصة لاكتساب بعض الحقوق فقط، وأيضاً فإن إعدام الجنين فى رحم أمه لا يحمى بنصوص جريمة القتل التى تشترط أن يكون المجني عليه إنسانا كاملا متمتعاً بالشخصية القانونية، إنما يحمى بنصوص خاصة. أما بمجرد الانتهاء من الولادة فيعد الفعل قتل ما دام المولود كان على قيد الحياة حينذاك، وقد نص القانون الجنائي - الكندي - على ذلك صراحة فى المادة ٢٠٦ بقوله: "الطفل لا يعد كائنا إنسانيا حتى ينشأ له الحق فى حماية قانون العقوبات منذ اللحظة التى يخرج فيها كاملا حيا من بطن أمه".

ومما سبق يتبين لنا أن الجنين: هو المجني عليه الاساسى فى هذه الجريمة. وهذا استناد للمادة رقم ٣٣٠ مختلط من التقنين المدنى السابق "وبيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل"^(١).

(١) الحكومة المصرية - وزارة العدل - القانون المدنى مجموعة الاعمال التحضيرية - الجزء الثانى - الالتزامات مصادر الالتزام من المادة ٨٩ : ٢٦٤ - مطبعة دار الكتاب العربى - ب. د. ذكر تاريخ ص ٢٠٦.

لذلك يجب التسليم لقدر الله ومشيتته عز شأنه والاعتراف للجنين بأحقية في أن يأتى إلى الدنيا بالطريقة الفطرية التى رسمها الله لعباده لا لأهوائهم كإتيان الحمل عن غير طريق الجماع الطبيعى بين الزوج وزوجته.

٢- الأم الوالدية أو صاحبة الرحم المستخدم للغير

هي المرأة المستأجرة للحمل لحساب الغير، ولا يوجد فرق بين المرأة المتزوجة أو الغير متزوجة عذراء أو ثيب، فإذا ارتكبت فعل تأجير رحمها للغير نرى من جانبنا وجوب تطبيق العقوبة عليها في جريمة تأجير الأرحام لأن القانون يحمي مصلحتها في الإنجاب. وهذا الحق لا يجوز لها التصرف فيه، ومن ثم فليس لها حق التصرف فى رحمها؛ لأن لا يعتد برضاها أي ليس أثر علي أركان الجريمة بل علي العكس تعد الأم الوالدية أو صاحبة الرحم المستخدم لصالح الغير في هذه الحالة شريكة في الجريمة^(١).

وهنا سؤال يطرح نفسه هل يشترط في صاحبة الرحم المستخدم للغير لو سلمنا

باعتباره محل الجريمة سن معينة؟ أى هل يشترط أن تكون المرأة صاحبة الرحم المستأجر فى مرحلة معينة من العمر؟ والغاية من هذا السؤال هو معرفة هل وقوع الجريمة يتوقف على وقوع الفعل نفسه أى بمجرد تأجير المرأة لرحمها أم بحصول الأبوين البيولوجيين للطفل الناتج من هذه العملية، وللإجابة نرى من جانبنا أن لو سلمنا بأن الجريمة تقع بمجرد قبول المرأة لتأجير رحمها فهذا معناه عدم اشتراط سن معينة فى المرأة صاحبة الرحم المستأجر؛ لأن الجريمة تقع بمجرد اتيانه فعل تأجير الرحم بغض النظر عن حدوث حمل بالفعل أم لا، لأن الفعل مجرم فى حد ذاته بصرف النظر عن النتيجة المترتبة عليه، لأنه لا يشترط أن تكون هناك نتيجة للجريمة فهناك جريمة لا يوجد فيها نتيجة مثل جريمة السب أو القذف.

٣- المجتمع:

يعد المجتمع مجنيا عليه في جريمة تأجير الأرحام لتعارضها مع فكرة النظام العام، ومن ثم الجنين الناتج بهذه الوسيلة سوف تولد معه كثيرا من المنازعات والمشاكل، وبالتالي سوف تؤثر على دوره وأدائه فى المجتمع هذا من ناحية، ومن

(١) د/ حسني الجندع - جرائم الاعتداء علي الأشخاص ص ٩١.

ناحية أخرى سوف يظهر نوع من تجارة النطف والأرحام بجانب تجارة الأعضاء ؛
مما يؤدي إلى بلبلة فى المجتمع بظهور أبناء لا يعرفون من أين جاءوا^(١).

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ماذا يحدث إذا كانت المرأة التى ستقوم
بتأجير رحمها غير متزوجة وفجأة يراها المجتمع حامل تطبيقاً لقاعدة سد الذرائع ؟
هذا لا يجوز لأنه سيضع المرأة على السنة الناس لتصورهم سوء سمعتها ، وهل
يمكن تكييف واقعة تأجير الرحم على جريمة الفعل الفاضح المنصوص عليها فى
المادة رقم ٢٧٨ من قانون العقوبات^(٢) ؟

- الركن الثانى : المادى :

يتوافر الركن المادى لجريمة الإنجاب بوسيلة الرحم المستأجر عن طريق
إحداث حمل عن غير الطريق الجماع الطبيعى بين الزوج وزوجته بالاستعانة
برحم امرأة أخرى وتعد هذه الطريق من طرق الإنجاب الصناعى المحرمة ، وتقوم
به الجريمة إذا توافر فيها السلوك الإجرامى ، والنتيجة التى تترتب على هذا
السلوك وهى الحمل ، ويعقبها الإتيان بالطفل ، وعلاقة السببية بين الفعل
والنتيجة وهى الممثلة فى صورة الحمل فى رحم الغير وإنجاب طفل بأمومة مشتهة.
مما لا شك فيه أن العلاقة بين الحق فى الإنجاب والحق فى سلامة الجسم
مرتبطان بعضهما ، فالاعتداء الذى يعطل الوظائف الجسدية تعطيلاً جزئياً يتمثل
فى المساس بسلامة البدن بينما تعطل جميع وظائف الجسد فى الاعتداء على
الحياة ، ومن أمثلة الاعتداء على سلامة الجسد تسخير المرأة لجسدها لصالح الغير
بتأجير رحمها لمدة معينة بشتل جنين غيرها بداخلها فيعد مساساً بسلامة جسدها
لتعرضها للخطر أثناء إجراء مثل هذه العمليات ؛ لأنه فى الغالب تتخذ مثل هذه
النساء هذه الوسيلة تكراراً للارتزاق بالتالى تعرض صحتها للخطر^(٣).

- الركن الثالث : المعنوي :

تصنف عملية الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام من وجهة نظرنا بالجريمة
العمدية ، إذ يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي ، وهو اتجاه إرادة الجاني إلى

(١) د/ فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات القسم الخاص - ١٩٨٢ ص ٤٩٣.
(٢) حيث تنص المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات المصرى كل من فعل علانية فعل فاضحاً
مخلاً بالحياء يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه.
(٣) د. محمود نجيب حسني - البحث السابق - ص ٥٣٧ وما بعدها.

ارتكاب الفعل الماضى للجريمة مع علمه بأن هذا الفعل من شأنه إحداث الحمل ، ومتى توافر هذا القصد فلا يعتد بالبواعث وفقا للقواعد العامة يجب أن يكون القصد الجنائي متوفرا وقت ارتكاب الفعل.

وفى هذا المعنى يقول ﷺ "لن تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه، وعن علمه ماذا عمل به وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفق، وعن جسمه فيما أبلاه"^(١).

بالنسبة إلى تقدير العقوبة:

نقترح على المشرع المصري بوضع عقوبة على من تسول اليه نفسه للإجراء مثل هذه الوسيلة رغبة فى الإنجاب "كل من لجأ إلى عملية الإنجاب بوسيلة الأرحام المستأجرة عن طريق إحداث حمل من غير الطريق الجماع الطبيعى بين الزوج وزوجته بالاستعانة برحم امرأة أخرى يعاقب السجن عشر سنوات ، ويستوي فى ذلك المرأة التى تم استخدام أو تأجير رحمها والقائم بتلقيحها ، وكذلك على زوج المرأة صاحبة الرحم المستأجر بشرط علمه وموافقته على شتل نطف الغير فى رحم زوجته وكذلك الزوجين أصحاب النطف البيولوجية".

وذلك قياسا على جريمة الإجهاض أو إسقاط الحوامل^(٢) التى قد تكون جنحة وقد تكون جناية ، وجدير بالذكر لا تتطلب الجنحة فى هذه الجريمة أكثر من توافر ثلاثة أركان السابق ذكرها.

والسبب فى خلع وصف إستخدام الأرحام على جريمة الإسقاط أو إجهاض الحوامل أن هناك أوجه شبه بينهما وهو تحدد لإرادة الله عز وجل من البشر بما قسمه عز وجل لهم فيه الأولى : وجه التعدي ممثل فى خلق جنين ليس له ذنب فى أن يولد بين أفراد تحدوا قانون الطبيعة الذى يجعل للجنين مخلوقا من

(١) رواه الترمذى - سنن الترمذى - كتاب صفة القيامة - باب فى القيامة - ج ٤ ص ٦١٢.

(٢) للأيضاح راجع : عيسى عبد الله عيسى ٢ جنايات والجنح. المواد من ٢٦٠ - ٢٦٥ ع

(إسقاط الحوامل) - الموسوعة القضائية فى الجنايات والجنح والمخلفات فى قانون

العقوبات والقوانين الجزائية الخاصة والقوانين الملحق بها والمكملة فقها وقضائا -

الطبعة الأولى ١٩٦٩م - مؤسسة سعيد للطباعة طنطا

نفس رحم أمه الفسيولوجية بدلا من أن يولد بين والدتين ، يختار بمشاعره التى أغفلوها من هى أمه ، أما فى الثانية وجه التعدي فيها قتل جنين أشاء الله له بالمجيء ولكن قتل قبل مجيئه كواد البنات فى الجاهلية.

وأخيرا هل تصنف جريمة تأجير الأرحام جنحة أم جنائية^(١) ونستدل من ذلك وبناء على تأييد محكمة النقض للرأي الراجح فى الفقه وقررت أنه يعتبر الإسقاط جنائيا.... ولو ارتكب قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة^(٢) وكانت قررت فى حكم سابق أن إباحة الشريعة الإسلامية لإجهاض الحمل الذى لم يتجاوز أربعة اشهر ليس أصلا ثابتا فى أدلتها المتفق عليها ، وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الراى فيما بينهم^(٣).

وجدير بالذكر يرى الكثير من الشافعية أن الجنين الذى فيه الضمان هو الذى بان فيه عند سقوط شئ من خلق الأدمي أما يد أوعين بحيث يفارق المضغه أو العلقه^(٤).

ويرى أكثر الخنابلة انه اذا أسقطت الحامل ما ليس فيه صوره أدمى فلا ضمان فيه لأنه لا يعلم أنه جنين^(٥) ، وأصحهما أنه لا شئ فيه لانه لم يتصور لانه ليس بولد فلم يجب فيه ضمان كالعلقة ولان الاصل براءة الذمة فلا يتعلق بها شئ بالشك^(٦).

ونرى من جانبنا أن الوصف الذى أضفناه على عملية تأجير الأرحام باعتبارها جريمة يستدل بها فى توافر صفة اشتراك عدة أشخاص فى جريمة واحدة وبالتالي يطبق عليه المادة رقم ٣٩ من قانون العقوبات المصري " يعد فاعلا للجريمة أولا : من يرتكبها منفردا أو مع غيره ، ثانيا : من يدخل فى ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أعمال ، فيأتي عمدا عملا من الأعمال المكونة لها

(١) المجموعة الجنائية - قانون العقوبات والقوانين الجنائية الخاصة - الطبعة الثالثة / ١٩٧٨م - دار الفكر الحديث للطباعة والنشر ص ١٣ : ١٧ .

(٢) نقض جنائي ١٢ / ٢٧ / ١٩٧٠ س ٢١ ص ١٢٥٠ .

(٣) نقض جنائي ١١ / ٢٣ / ١٩٥٩ س ١٠ ص ٩٥٢ .

(٤) الأم للأمام الشافعى ج ٦ ص ٩٣ .

(٥) كشف القناع للبهوتى ج ٦ ص ٢٣ ، المغنى لأبن قدامة ج ٩ ص ٥٣٩ .

(٦) البهوتى ج ٦ ص ٢٣ ، ابن قدامة ج ٩ ص ٥٣٨ .

وكذلك المادة ٤٠ من اتفاق مع غيره على ارتكاب جريمة وقعت بناء على هذا الاتفاق".

وكذلك يعاقب أطراف العلاقة لو اتفقا على أتمام العملية وبعد إجراء العملية فشلت صاحبة الرحم المستأجر في الإنجاب بسبب خارجي أو آخر هنا توقع عليها عقوبة الشروع المنصوص عليها في المادة ٤٥^(٢) الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها.

وفي رأينا يمكن تطبيق " المادة ٣٢ " على عملية إستخدام الأرحام المشترك فيها الأطراف الثلاثة بالإضافة إلى الطبيب الذي قام وساعد في هذه العملية وتنص هذه المادة على: " إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها، وإذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة، والحكم بالعقوبة المقررة لأشد من تلك الجرائم ".

المبحث الثاني

طبيعة العلاقة عند نقل عضو الرحم

تعتبر عملية زراعة الرحم أو نقل هذا العضو الى الغير من العمليات المستحدثة في مجال الطب، والتي يمكن ان يستعاض بها للإنجاب بدلا من تاجيره، لذلك قد بات لازما أن نتناول كيفية التعامل مع تلك المستجدات من منطلق آخر، على ألا نكون عائقا في سبيل الحكم على كل ما هو جديد.

ويستند هؤلاء العلماء في تبرير وتأيد هذه الجراحات من الناحية الأخلاقية باعتبارها من التجارب العلمية غير المسبوقة، بأنه يمكن مقارنة زرع الرحم بزرع الكلى، هذا بالإضافة إلى أن التبرع بالرحم سيعطى مزايا أكثر من اللجوء إلى الرحم المستأجر، وهو من الأمور المحظورة قانونا في كثير من الدول لاعتباره أمرا منافيا للأخلاق.

وحتى الآن تعتبر هذه المسألة محل بحث حتى الآن بالنسبة لعلماء الطب وهذا أدى إلى وجود تضارب في آرائهم حول إلى أي مدى تصل علاقة الرحم بالجنين، وهل دوره يقتصر على إمداد الغذاء للطفل فقط عن طريق الدم أم أنه

ينتقل معه صفات وراثية أخرى ، أو ماذا عن تكوين الرحم الفسيولوجي للمتبرع هل يشارك في تكوين الجنين بعد النقل للمتبرع له إذا على أى أساس حدد هؤلاء انتقال الصفات الوراثية من عدمه أو احتمالية أو عدم اختلاط الأنساب؟

هذا بالإضافة إلى أنه فى الاستعانة بالتبرع بالرحم لن يرتب أى الآثار أو خلافات قانونية حول التعرف على الأم الحقيقية للطفل فهي في التبرع الأم المتبرع لها وليست المتبرعة بالرحم (الرحم الظئر) على عكس ما ينشأ من مشكلات خطيرة تتعلق بذلك في حالة اللجوء الرحم لظئر الذى قد ينتج عنها اختلاط أنساب حتى أن يصل الأمر إلى زواج الأخت فى الرحم من أخيها دون أن تعلم، ولكن هذا لا يحدث فى التبرع بالرحم.

وانطلاقاً مما سبق يتضح لنا ضرورة معرفة وضع عضو الرحم بالنسبة لباقي أعضاء الجسد الإنساني ، وذلك حتى يتبين لنا مدى مشروعية التصرف القانوني المترتب على التبرع به للغير، وذلك من خلال الفرع التالى:

أولاً: التكييف القانوني لعضو الرحم ضمن أعضاء الجسد الإنساني.

هل عضو الرحم يندرج تحت مسمى الأعضاء المزدوجة أم الأعضاء الحيوية نرى أن الرحم عضو من نوع خاص له استقلالته فى التقنين القانوني والوصف الشرعي وبناء عليه لا تصنف كمثيلتها من الأعضاء باعتبارها أعضاء مسئولة عن النتاج الإنساني لذلك سوف نقوم ببحث ماهية هذا العضو وذلك من خلال تصنيفه ضمن أعضاء الجسد الإنسان حتى يظهر لنا جليا الآثار القانونية المترتبة على التصرف فيه قسم الفقهاء الأعضاء البشرية إلى قسمين:

١: الأعضاء التى تتميز بالازدواج فى الجسد الإنساني:

تعتبر الأعضاء المزدوجة مثل الرئتين والكليتين ويشترط أن يكون التبرع بأحد هذين العضوين غير مؤثر على أداء الوظائف الأساسية لجسم المتبرع، ويتحقق ذلك حينما يستطيع أحد هذين العضوين أن يقوم بالوظيفة العضوية الحيوية للعضو الآخر^(١).

(١) راجع الضوابط المقترحة لنقل وزراعة الأعضاء فى مصر للأستاذ الدكتور / محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، ص ٢١٥، خاصة المادة الثانية منها والمتعلقة بنوع ومعيار الأعضاء الجائز نقلها والواردة فى الفقرة الأولى من هذه المادة.

٢: الأعضاء التي تؤدي الوظيفة الحيوية في الجسد الإنساني.

فقد وقع اختيار بعض الفقه علي نوع معين من الأعضاء البشرية التي يمكن إجازة نقلها دون الإخلال إجازة نقل ذلك النوع من الأعضاء التي تتميز بالازدواج في الجسد الإنساني، بمعنى أن يقتصر النقل على الأعضاء المزدوجة فقط، دون النظر عما إذا كان يستطيع أحد العضوين القيام بالوظيفة الحيوية للعضو الآخر^(١)، ونحن على غرار رأي هذا الفقه وذلك^(٢) لحساسية الوضع في مسألة التبرع بالأعضاء فتعبير العضو الحيوي يتسم بالعمومية والغموض التي قد تغري علي التحايل وتثير المشاكل في الواقع العملي، فقد يتخذ الأطباء من ذلك ذريعة للاختلاف الذي يهدف إلى الرغبة في توسيع نطاق الأعضاء المتاح نقلها من الأحياء. ذلك لأن الاستفادة من التعبير المطلق للعضو الحيوي هو أن يكون من الأعضاء المتصلة بالوظائف الأساسية للجسم، والتي يؤثر فقدانها علي حياة الشخص؛ لذا فإن موقف الأعضاء الأخرى غير المتعلقة بالحياة يصبح غامضاً في ظل استخدام تعبير العضو الحيوي كاليلدين.

أما تعبير العضو المزدوج فهو أكثر دقة وتحديدًا خاصة، عندما اشترط من صاغ هذا الضابط من الفقه المصري أن نقل الأعضاء المزدوجة لا يجوز إلا بالنسبة للأعضاء التي يكفي عضواً أن يقوم أحدهما بالوظيفة الحيوية للعضو الآخر، عندئذ سوف يتجلى موقف جميع أعضاء الجسم، فالتبرع بإحدى اليدين أو الرجلين أو الأذنين أو العينين أو الأليتين سيكون غير جائز طبقاً لهذا الضابط، حيث لا يمكن لإحدى هذه الأعضاء المزدوجة أن يقوم بالوظيفة الحيوية للعضو الآخر، فلو فقد الشخص أحد قدميه أو يديه أو عينيه فلن يتسنى علي الإطلاق أن يقوم العضو الآخر بكامل الوظيفة الحيوية لتلك الأعضاء المزدوجة.

(١) د/ محسن عبد الحميد البيه، مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٢) د/ طارق عبد الله ابوحوة - الانعكاسات القانونية للانجذاب الصناعي - رسالة دكتوراه - جامعة المنصورة كلية الحقوق ٢٠٠٥م

**ثانيا : تصنيف الرحم ضمن أعضاء التناسل غير الناقلة للوراثات من النطاق الذي وضعه
الفقه للأعضاء البشرية الجائز نقلها**

يعد الرحم من الأعضاء التي ليس لها مثل في الجسد الإنساني ولا تتوقف عليها الحياة، غير أنه يتصور في بعض الأعضاء المنفردة التي لا تتوقف عليها الحياة أن يفقد العضو وظيفته الأساسية بالنسبة لصاحبه ويبقى صالحا في ذاته ؛ بحيث لو نقل إلى شخص آخر، لاستعاد تلك الوظيفة في الوقت الذي لا يترتب على نقله ضرر بليغ لصاحبه أى للمتبرع.

ويتطبيق لمعيار الأعضاء المزدوجة فإنه لا يجوز طبقا له نقل رحم المرأة، وجدير بالذكر لا تملك المرأة منهما إلا عضو واحد مما يفقدهما صفة الأزواج التي تمثل الأساس الذي أنطلق منه هذا المعيار.

وطبقا لمعيار الأعضاء الحيوية فإنه لا يجوز نقل هذه الأعضاء لافتقادها الدور الحيوي في الجسد والمتعلق بوظائفه الأساسية التي تحفظ عليه حياته.

ونلاحظ علي هذا النوع من الأعضاء، لا يمكن تصنيفه تحت أحد المعيارين السابقين، فلا هو من الأعضاء المزدوجة ولا هو من الأعضاء الحيوية اللازم لحياة الجسم الطبيعية، مما قد يعتقد معه صعوبة الفصل في مشروعية النقل من عدمه. لذلك سنستعرض بعض الآراء حول مدى إمكانية التصرف في هذا العضو على سبيل التبرع.

ماذا يحدث إذا أصيبت الزوجة بمرض في رحمها بحيث أن قدر لها بعدم الانتفاع به مطلقا وهي تريد الإنجاب فهل يبيح لها الشرع إجراء عملية نقل رحم من متبرعة أم تلجأ إلى تأجير رحم امرأة أخرى سواء أن كانت صاحبة الرحم المستأجر ضرة أو كانت أجنبية؟

تباينت الآراء بين مؤيدين ومعارضين وآراء على الحياد حول عملية زرع الرحم أو نقل رحم من الغير.

الرأي الأول: يرى تحريم نقل وغرس كل أعضاء التناسل مما لا ينقل التوارث^(١).

(١) وهو قول الدكتور حمداتي، والشيخ حمداتي له بحث بعنوان: "زراعة الغدة التناسلية أو زراعة رحم امرأة في رحم امرأة أخرى" في مجلة الفقه الإسلامي

الرأي الثاني: منها يرى جواز نقل كل هذه الأعضاء^(١).

الرأي الثالث: يفرق فيها بين العورات المغلظة التي لا يجوز غرسها عندهم ، وبين مادون ذلك من التي لا تنقل الوراثة كالرحم وأنبوب فالوب فأنها يجوز عندهم غرسها للمرأة العقيم ، وهذا ما اتفق عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي وهو توصية الندوة الفقهية الطبية الخامسة^(٢).

وسوف نستعرض الرأي الأول المؤيد لتلك الوسيلة ثم نقوم بعرض الرأي المعارض للتبرع بالرحم دون التعرض للرأي الثالث وذلك لعدم الإطالة في الكتاب ، فهل يجوز إجراء عملية نقل رحم من أنثى قد توفيت وكانت هذه المتوفاة قد أوصت بذلك أو رضي أهلها؟ وذلك تجنباً لقضية رحم المستأجرة؟ يرى بعض الفقهاء أنه في قضية نقل الرحم من أنثى الإنسان المتوفاة إلى امرأة أخرى في حاجة إلى هذا العضو بهدف الإنجاب جائز ولا حرمة فيه. أولاً: أدلة المجيزين لهذه العملية:

قال تعالى: (مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا يَغْيِرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا)^(٣).

وجاء في التفسير: أن المقصود بالإحياء المذكور في الآية هو الترك والانقاذ من هالكة - وهو مجاز - لأن الإحياء الحقيقي يختص بالله سبحانه وتعالى^(٤) والإحياء المذكور في الآية لفظ عام يشمل كل أنقاذ من التهلكة. ومن ثم

(١) وهو قول الدكتور محمد سليمان الأشقر ، والدكتور خالد الجميلي
(٢) مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ - ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠ م بعد اطلاعه علي الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من ٢٣ - ٢٦ ربيع الأول ١٤١٠ هـ ، بالتعاون بين هذا المجمع وبين المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، قرر ما يلي :- أولاً: زرع الغدة التناسلية: بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية (الشهرة الوراثية) للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد، فإن زرعهما محرم شرعاً. ثانياً: زرع أعضاء الجهاز التناسلي: زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي التي لا تنقل الصفات الوراثية ماعدا العورات المغلظة - جائز لضرورة مشروعة ووفق الضوابط والمعايير الشرعية المبينة في القرار رقم ٢٦ (٤/١) لهذا المجمع.

(٣) سورة المائدة من الآية ٣٢.
(٤) الجامع لأحكام القرآن ٦/١٤٥ ، الدر المنثور - للإمام عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي - المتوفي ٩١١ هـ - دار الفكر بيروت - طبعة ١٩٩٣ م - ٦٤/٣ وما بعدها فتح القدير ٢/٣٤.

يدخل فيه التبرع بعضو من الأعضاء غير المتجددة - كالكلية والرثة... الخ - لإنقاذ مريض من الهلاك المحقق. وقياسا على الرأي السابق نرى أن الرحم من الأعضاء غير المتجددة، ولكنه كما سبق وأن بيناه عن مكانته الخاصة لا تتوافر فيه صفة الضرورة لنقله، وناقش على هذا الاستدلال بأن المقصود بالإحياء في الآية كما ذكر المفسرون^(١) مقتصر على الله - عز وجل - وإنما المقصود من إحياء النفس هنا الإنقاذ من التهلكة ومنع الأذى والاعتداء على النفس لأن ذلك من أسباب الإحياء لها، والتبرع بالرحم لا يؤدي إلى الهلاك المقصود في الآية الكريمة؛ لأن الهدف من التبرع هو الإنجاب وهذه الرغبة لا تحقق التوازن المنشود بين مصلحتي المتبرع والمتبرع له.

وهذا القول^(٢) صدرت به الفتوى من مجامع الفقه الإسلامي ولجان هيئات الإفتاء^(٣). وقد استدل هؤلاء علي مذهبهم بالكتاب والسنة والمعقول

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٤٥/٦ وما بعدها، فتح القدير ٣٤/٢.
(٢) ومن الفقهاء المعاصرين القائلين بهذا الرأي الشيخ / جاد الحق علي جاد الحق - بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة - مرجع سابق - ٤٢٨/٣، د. يوسف القرضاوي - من هدى الإسلام فتاوى معاصرة - مرجع سابق ٥٣٣/٢، د. محمد سعيد رمضان البوطي - قضايا فقهية معاصرة - القسم الأول - مكتبة الفارابي دمشق - الطبعة الخامسة ١٩٩٤م - ص ١٢٠ وما بعدها، حسن مراد مناع - فتاوى وتوجيهات - دار الصفوة للطباعة الفردقة - الطبعة الثالثة - ص ٧١، د/ محمد نعيم ياسين - أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة - دار النفائس الأردن الطبعة الثالثة ٢٠٠٠م - ص ١٥٨، د. آية الله محمد آصف المحسني - الفقه ومسائل طبية - مؤسسة بوستان - ص ١٦ وما بعدها، د. محمد عبد الرحمن الضويني - التصرف بالأعضاء - مرجع سابق - ص ٧١.

(٣) قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي - الدورة الثامنة - المنعقد في مكة المكرمة - من ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥م، حيث جاء فيه: "أولا: أن أخذ عضو من جسم أنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر اليه لأنقاذ حياته أو لاستعادة وظيفته من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافي مع الكرامة الإنسانية" وورد نحوه في قرار مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الرابعة - المنعقد في جدة ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨م - فتوى كبار العلماء في المملكة العربية السعودية - رقم ٩٩ الصادرة في ١٤٠٢/١١/٦ هـ - حيث ورد فيها: "٢ - جواز تبرع الأنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر الي ذلك". وفتوى لجنة الإفتاء الجزائرية - الصادرة في ١٩٧٢/٤/٢٠م - حيث جاء فيها: "أنه في حالة نقل العضو من الحي لابد من التأكد أن يكون ذلك برضى تام من المتبرع وألا يلحق به ضرر" فتوى لجنة الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية الصادرة =

والنقل والقواعد الفقهية كما أنه ليس في نقل الرحم من أنثى إلى غيرها اختلاط
للأنساب، وذلك لأن الرحم ليس ناقلاً للصفات الوراثية، فما هو إلا وعاء وإنما
تنقل الصفات الوراثية عن طريق الغدد التناسلية (كالخصية والمبيض) بحكم أنهما
يستمران في حمل وإفراز الشفرة الوراثية للمنقول منه حتى بعد زرعها من متلق
جديد. هذا إذا لم يظهر جديد عند أهل الطب حتى يومنا هذا بخصوص علاقة
الرحم بالجنين المقتصرة على إمداده بالدم فقد نرى أن الرحم ليس من
العورات المغلظة التي منع الفقهاء نقلها، ولقد جاء في الندوة الفقهية الطبية
المنعقدة في الكويت من (٢٣ : ٢٦) من أكتوبر عام ١٩٨٩م ومجلس مجمع الفقه
الإسلامي المنعقدة في جدة في الفترة من (١٤ : ٢٠) من مارس عام ١٩٩٠م ما
نصه^(١):

١. زرع الغدد التناسلية:

بما أن الخصية والمبيض يستمران في حمل وإفراز الصفات الوراثية
للمنقول منه حتى بعد زرعهما في متلق جديد فإن زرعهما محرم شرعاً.

٢. زرع الأعضاء التناسلية غير الناقلة للصفات الوراثية:

رأت الندوة بالأغلبية أن زرع بعض أعضاء الجهاز التناسلي ما عدا
العورات المغلظة التي لا تنقل الصفات الوراثية جائز، استجابة لضرورة
مشروعة^(٢). كما يشترط في هذا النقل الشروط العامة لنقل عضو من ميت إلى
حي.

١٨/٥/١٩٧٧م - حيث جاء فيها: "٣ - أن كان المنقول منه العضو أو الدم حياً
فيشترط ألا يقع النقل على عضو أساسي في الحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي إلى وفاة
المتبرع ولو كان ذلك بموافقته، بيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية -
مجلة الأزهر - العدد الأول - السنة السبعون - مايو ١٩٩٧م - ص ٤٦ والذي أجاز
التبرع بالأعضاء.

د/ يوسف القرضاوي الفتاوى المعاصرة - دار الوفاء بالقاهرة - ١٩٩٣، ٢/ ٥٣٢.
(١) فتوى مجمع الفقه الإسلامي بجدة - مارس سنة ١٩٩٠م نقلاً عن د/ محمد علي البار -
الفشل الكلوي ص ٢٥٧.
(٢) د/ محمد علي البار - الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ٢٩٩،
٣٠٦.

ثانياً: أدلة المعارضين لوسيلة نقل الرحم الانتوى من إمراة إلى أخرى

يحرم أصحاب هذا الرأي بنقل عضو الرحم رغم أنه من الأعضاء الغير ناقله للتوارث على حد تعبير أصحاب هذا الرأي لأن على حد علمي ما زالت هذه المسألة محل نظر عند علماء الطب وسنقوم بعرض أدلة المعارضين لهذه الوسيلة.

فالقانون المدني الفرنسي نص - في المادة ١٦ - منه والمعدلة بالقانون الخاص باحترام الجسم البشري رقم ٦٥٣ لسنة ١٩٩٤م - مبدأ احترام باطلة لبشري وحرمة وعدم خضوع عناصره ومنتجاته لحق مالي، حيث نصت في الفقرة الأولى علي أن: "لكل فرد حق في احترام جسمه والجسم الإنسان حرمة كما أن الجسم البشري بعناصره ومنتجاته لا يمكن أن تكون موضوعاً لحق مالي". وقد أكدت ذلك الفقرة الخامسة من ذات المادة حيث نصت علي أن: "الاتفاقيات التي تعطي قيمة مالية لجسم الإنسان وعناصره ومنتجاته تكون باطلة.

يرى بعض فقهاء القانون أن جسد الإنسان له حرمة ولا يصح أن يكون محلاً للتعامل عليه سواء أن كان بيع أو شراء لأن الأعضاء الإنسانية ليست أموالاً مقومة. ومن ثم لا تخضع لأحكام عقد البيع وهو ضمان العيوب الخفية والتسليم ونقل الملكية بعوض. وبعل من أبرز المعارض لبيع الأعضاء البشرية في العصر الحديث الأستاذ R.SAVATIER إذا يقرر: "أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً للتجارة ولا يمكن أن تكون أعضاؤه محلاً للبيع بالتجزئة فالقيم الإنسانية تسمو علي المال. ولما كان الحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال"^(١).

نؤيد وجهة الرأي السابق من حيث سموه وارتقائه لمعنى الإنسانية، وجعل الضابط للتصرف في أجزاء الإنسان هو دافع الحب، ومن ثم جعلها في مرتبة أعلى من درجة الأشياء، وبالتالي لا يجوز التعامل على النفس الإنسانية، وذلك لعدة أسباب من أهمها أن الإنسان لا يملك التصرف في نفسه فكيف يبيع

(١) Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris (1969)، p. 2247.

ما لا يملك ، هذا بالإضافة إلا أنه كان ينبغي لإجازة التبرع فى بعض الأعضاء البشرية أن توضع ضوابط ، وفى رأينا نرى أن المشرع توسع فى مفهوم هذه الضوابط بمعنى أنه لم يحدد مدى أو موقع الأعضاء التناسلية من هذه الضوابط على أن يوضع فى الاعتبار درجة الحساسية والخطورة لهذه الأعضاء ، مما أدى بنا إلى ما نحن عليه الآن من حيرة فكان عليه أن يصنف الأعضاء من حيث استباحة الأعضاء التى يمكن لنا التصرف فيها ، ولا شك أن تكون الاتفاقات الواردة على الأعضاء التناسلية غير مشروعة ، وقد أجاز التبرع بالأعضاء البشرية بنصوص خاصة وبضوابط معينة استثناء من الأصل ، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره.

وبناء عليه يستتج مما سبق بطلان أى تصرف يعطى جسد الإنسان قيمة مالية^(١) ، وهو ما يعنى بطبيعة الحال عدم مشروعية تداول الأعضاء البشرية عن طريق البيع والشراء ، كما حظر الدعاية والإعلان لصالح التبرع بأعضاء أو مكونات الجسم البشري لحساب شخص معين أو مؤسسة معينة^(٢) . وهذا يتفق مع ما جاء فى الميثاق الإسلامى العالمى للأخلاقيات الطبية والصحية فى المادة - ٦٩ - حيث نصت على أنه : "لا يجوز أن يكون الجسد البشري وأجزاؤه محلاً لمعاملات تجارية ، ويحظر الاتجار فى الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو الجينات البشرية ، كما يحظر الإعلان عن الحاجة إلى أعضاء أو عن توافرها لقاء ثمن يدفع أو يطلب..."

ولقد انتهت الندوة العلمية حول نقل وزرع الأعضاء واستئجار الأرحام والاستنساخ ومدى شرعيتها التى نظمها مجلس وزراء العدل العرب فى إطار جامعة الدول العربية فى بيروت فى الفترة ما بين ١٢ ، ٤ سبتمبر ٢٠٠٠ إلى منع استخدام غير رحم الزوجة فى عمليات الإنجاب بصرف النظر عن فكرة استئجار أو التبرع بالرحم^(٣) .

(١) F.Terre et D. Fenouillet, Droit Civil Les Personnes, La famille , Les incapacités 6e ed 1996, P. 62.

(٢) المادة ١٢١١ - ٣ من القانون رقم ٢٠٠٤ - ٨٠٠ .

(٣) د / يوسف القرضاوى الفتاوى المعاصرة - دار الوفاء بالقاهرة - ١٩٩٣ ، ٢ / ٥٣٢ . كما أكدت الندوة على أن عمليات نقل الأعضاء التناسلية مخافة لأحكام الشرع

ثالثا - تقييم الباحثة:

نرى أنه من الأفضل عدم اللجوء إلى هذه الوسيلة وذلك للأدلة الآتية :
مسألة انتقال الصفات الوراثية أو عدم انتقالها ما زال محل بحث ونظر
للطب حتى الآن ، والسبب في الحظر الذي نراه يكمن في أن المصالح المترتبة علي
التبرع بها لا تزيد عن مصالح بقاء العضو في جسم المتبرع ، بل أن مفاسد التبرع
أكثر من منافعه.

وبناء عليه لا يجوز قياس التبرع بالرحم على التبرع بباقي الأعضاء
المسموح بالتبرع بها ؛ لأنه لانعدام التساوي في السبب القصدي من التبرع ، وهو
توافر عنصر الضرورة المتمثل في الهلاك إذا لم يتم الاستعانة بعضو من أعضاء
الغير ، وهذا لا يتوافر في تأجير الأرحام ؛ لأن الضرر يغلب على المنفعة ، وعدم
الإنجاب لا يهدد بالهلاك فلا يدخل في الضرورات.

وقياسا على ذلك لا يجوز شرعاً نقل العين أو الكلية لمن عنده كلية
واحدة صحيحة أو اليد أو الرجل أو الرحم والله اعلم.

كما أننا نرى أن عملية التبرع بالرحم في حد ذاتها عملية خطيرة قد
يتجاوز خطرها تغليب مصلحة على أخرى ، لأنه إذا كان للمرأة المتبرع لها
مصلحة لحدوث إنجاب ؛ فإن هذه المصلحة غير متوفرة بالنسبة للمتبرعة بالرحم ،
وذلك لتعرض حياتها إلى خطر محتمل الحدوث.

ومن ثم فأننا نرى معيار اللجوء إلى هذه العملية تتحكم فيها حالة
الضرورة المرجوة ؛ لأن الهدف من عمليات التبرع بالأعضاء هو أنقاذ حياة إنسان
من الموت ، وإن كان في ذلك تعريض لسلامة المتبرعة برحمها للخطر حين نرى
أن شرط الضرورة غير متوفر في حالة التبرع بالرحم ، وانطلاقاً من ذلك لا يوجد
وجه مقارنة بين التبرع بالرحم والتبرع بالكلية مثلاً لأن الأخير يكمن بها قدر كبير

والاسلامى لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب الذي منعه الشريعة الإسلامية من خلال
تحريم لزنا والتبني وفي هذا الصدد ينفي الشيخ القرض أوى ما قيل بشأن زرع الخصية
كونها تصبح جزء من الجسم المتلقي وتأخذ حكمه في كل شيء المقصود بالتبرع
بالرحم.

من الخطر إلا أن هذا الخطر أقل بكثير من الخطر الذى يتعرض له المريض إذا لم تتم عملية التبرع ونقل الكلية إليه.

يحظر النقل للمرأة المصابة بتشوهات في المبايض يحتمل معها فقد القدرة الطبيعية لها علي إفراز البيضات ؛ لأنه لا يكون مجدياً زرع رحم لامرأة تحمل في أعضائها التناسلية الأخرى نوعاً آخر من العقم وهو فقد المبايض قدرتها البيولوجية الفطرية علي إنتاج البويضات مما يجعل عملية زرع الرحم معدومة الفائدة مع ما يصاحبها من مخاطر كثيرة.

كما يحظر النقل إذا لم تتوافق أنسجة المنقول منها وإليها وذلك لضمان نجاح عملية النقل لذا فلا يجوز النقل إذا اختلفت الأنسجة إلى درجة يتوقع معها أو يقطع بها أن جسم المنقول لها سيلفظ الرحم ولو بعد حين ، أو إذا اقتضى ذلك إعطاء المنقول إليها كميات كبيرة من العقاقير المثبطة للمناعة كي يتقبل جسدها العضو الجديد ، لأنه قد يكون من شأنه المبالغة في إعطاء تلك العقاقير إما الإضرار الشديد بصحة المنقول إليها أو الإضرار بالطفل المتبقى من وراء الزرع وكلا الضررين غير جائز في الشرع ، وفي كل ما سبق من حالات يمتنع فيها إجراء النقل ، لما فيه من مفسد يجب درؤها قبل النظر إلى المصالح المنتظر تحقيقها مع الشك في ذلك^(١).

لا شك من أنه إذا تحقق التقدم التقني لعملية الاستنساخ في نسخ الأعضاء البشرية بتقنية استنساخ خلايا العضو المراد نسخه ، وعندئذ يمكن للمرأة التي يوجد لديها مشكلة في رحمها أن يؤخذ منه خلية يتم تنميتها بوسيلة استنساخ الأعضاء كي تصبح خلية الرحم رحماً كاملاً يزرع فيها فلا يرفضه جسمها ؛ لأن أصل خلاياه منها وفي حالة تحقق ذلك فإنه يحظر نقل الرحم ولو كانت تقنيات نقله قد تقدمت بخطوات واسعة عن تقنية نسخ الأعضاء البشرية ؛

(١) ويعتبر هذا الضابط من الضوابط التي تشترط في مسألة نقل وزراعة الأعضاء البشرية بصفة عامة : راجع الضوابط المقترحة لنقل وزراعة الأعضاء في مصر للأستاذ الدكتور/ محسن عبد الحميد البيه ، المرجع السابق ، ص ٢١٥ ، خاصة المادة الأولى الثانية منها والمتعلقة بنوع ومعيار الأعضاء الجائز نقلها واشتراط الضرورة القصوى للنقل مع توقع النفع الذي يعود علي المنقول إليه وضرورة الموازنة بين مصلحة المتبرع والمريض.

لأن الأولى إجراء محاولة النسخ من خلايا رحمها بدلا من استزراع رحم غيرها فيها.

لذلك فإنه لا يجوز كذلك زراعة قناة فالوب المنسدة لدى المريضة ؛ نظرا لتقدم علوم الإخصاب المساعد في مجال تقنية نقل الأنابيب التي استطاع الطب بها أن يتغلب على مشكلة الإخصاب الناشئة عن انسدادها فلا يجوز لذلك الالتجاء لزرعها وهناك من البدائل الجائزة شرعا والتي تغني عن مشكلات الزرع الطبية والشرعية.

ولكن نرى إذا تمت هذه العملية بناء على أدلة الموجزين السابقة لابد من إتباع ومراعاة هذه الشروط :

أن نقل الرحم من امرأة إلى أخرى الأفضل فيها أن يكون من امرأة متوفاة إلى امرأة أخرى في حاجة إلى هذا العضو لغاية الإنجاب والذي ساقنا إلى هذا الهدف كون المرأة التي تؤجر رحمها يمكن لها أن تبيعه أى تبرع به بمقابل مادي.

إذا استدعى الأمر إلى التبرع بالرحم من امرأة على قيد الحياة يجب ألا يفوت على المرأة صاحبة الرحم المتبرع فرصة الإنجاب ؛ لأن الرحم شرع للاستفادة منه وليس لتداوله ، ولضمان ذلك يجب أن يأخذ المشرع فى الاعتبار عند تقنين هذا الموضوع أن يتأكد من كون سن المرأة المتبرعة بالرحم تجاوز سن اليأس ، وفى المقابل يجب أن تكون المرأة المتلقية للرحم أى المتبرع لها فى سن يسمح لها بالحمل ، هذا بالإضافة إلى ضرورة أن تكون المرأة المتبرعة لها استنفدت كل سبل الإنجاب الصناعى أو المساعدة الإنجابية (استنساخ الأعضاء - أو زراعة جزء من رحمها) وكذلك التأكد من كون المرأة المتبرعة للرحم متزوجة أم لا.

المطلب الاول

موقف القوانين المقارنة من نقل عضو الرحم

• السوابق الطبية الخاصة بعمليات نقل أو زرع الرحم

قام العلماء في عام ١٩٧٢م بنقل رحم وملحقاته (الأنابيب وغيرها) من أم إلى ابنتها ، ولكن لم يحدث حمل رغم أن الرحم ظل سليما ولم ترفضه أجهزة

المناعة في جسم البنت^(١).

هذا وقد قام فريق من الأطباء بمستشفى الملك فهد بالسعودية في ٨ مارس ٢٠٠٢ عن قيام أول عملية زراعة رحم. وكانت لامرأة في السادسة والعشرين من العمر، اضطرت لاستئصال رحمها منذ ستة أعوام بسبب نزيف حاد لم يتمكن الأطباء من السيطرة عليه بعد ولادتها الأولى. أما المتبرعة فهي امرأة في السادسة والأربعين اضطرتها ظروفها الصحية لاستئصال الرحم^(٢).

وبالفعل تمت زراعة الرحم لكن اضطّر الأطباء لإزالته بعد تسعة وتسعين يوماً فقط بعد، زراعته حيث فوجئ الأطباء بأن الرحم يموت بسبب تجلط الدم داخل الأوردة الدموية الموصلة له، إلا أن العملية اعتبرت ناجحة وأشاد بها العديد من المتخصصين من مختلف الدول فهي تمثل خطوة جيدة وسبقاً لأصحابها.. حيث تكمن صعوبتها في كثرة الأوردة الدموية الدقيقة التي تغذي الرحم، وقد استعان الأطباء لإجرائها ببعض الأوعية الدموية من الساق، وبالفعل نزل دم الحيض بانتظام وأكد Louis Keith خبير الخصوبة بالمركز الطبي لجامعة نيويورك أنه رغم إزالة الرحم المزروع فإن العملية لا تعتبر فاشلة^(٣).

وبناء عليه صدر قرار رسمي في السعودية أبلغت به جميع المستشفيات بمنع إجراء العمليات الجراحية غير المتعارف عليها أو الإقدام علي عمليات غير مسبقة محملاً في نفس الوقت المخالفين المسؤولية الكاملة ومؤكداً أن هناك لجنة من المختصين تدرس حالياً وضع الضوابط؛ ذلك ولوحظ أن القرار الجديد الصادر من وزارة الصحة جاء بعد مرور نحو شهر تقريباً علي فشل عملية زرع

(١) طلعت القصبي - إمكانية نقل الأعضاء التناسلية في المرأة - بحث مقدم إلى الندوة الطبية الفقهية الخامسة بالكويت في الفترة من (٢٣ : ٢٦) أكتوبر عام ١٩٨٩م بمجمع الفقه الإسلامي والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، أنظر د/ محمد علي البار - الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص ٢٥٥.

(٢) http://news.bbc.co.uk/olmedia/1855000/images/_1857426_surgeon_huddle300.jpg

(٣) <http://www.wahaweb.com> منتديات واحة المرأة. 2001 - 2002 ©

الرحم التي أجراها فريق طبي سعودي بقيادة الدكتورة وفاء فقيه للمريضة زين السفيناني إذ تم استئصاله منها بعد رفض جسمها تقبل الرحم الجديد^(١).

وتقدمت عائلة المريضة المتبرعة بالرحم بشكوى رسمية ضد الدكتورة وفاء فقيه والفريق الطبي، تدعي فيها - وفقاً لما جاء بالشكوى - أنها أي المريضة لم تكن علي علم بأن رحمها الذي تم استئصاله منها استخدم في عملية زراعة أخرى مؤكدة أن المريضة دخلت غرفة العمليات لإزالة كيس دهني من علي المبايض^(٢).

وفي السويد أعلن فريق من الأطباء أن زراعة رحم آدمي ستصبح ممكنة في غضون ثلاث سنوات من الآن وأن النساء اللاتي ولدن بدون رحم أو اللاتي أجرين جراحات لاستئصال الرحم ستكون أول المرشحات للزراعة وأن المتبرعات المحتملات قد تكن إحدى شقيقات من ستجرى لها الجراحة إذا لم تكن ترغب في إنجاب المزيد من الأطفال أو والدتها. وادعى هؤلاء بأنه لن يكون العمر عائقاً في سبيل إتمام هذه العمليات وقد تنجب المرأة من الرحم الذي ولدت هي منه إذا ما تبرعت به أمها لها^(٣) والذي دفع العلماء إلي التصريح بتلك الآمال أنهم توصلوا إلى إنتاج جيلين متتاليين من الفئران بجراحة زرع الرحم.

ولقد أشار هؤلاء إلى عدد من الضوابط الطبية التي تخص الزرع مثل: يجب تلاؤم الرحم المزروع وراثياً لمن ستجرى لها جراحة الزرع ولذا يفضل أن يكون المتبرعة من أقربائه). الدرجة الأولى للمتبرع لها وسيطلب الأمر استخدام العقاقير لمنع رفض الرحم المزروع، كما أنه عندما ترغب المتبرع لها، في الإنجاب فإن المتبع علمياً في هذه الحالات أنه يجب استخدام الإنجاب الصناعي لإخصاب بويضاتها من زوجها وأنها ستلد بجراحة قيصرية^(٤).

(١) الشرق الأوسط نت، عدد ٢٥، في ٢٠/٨/٢٠٠٠.

(٢) الحركة الإسلامية للإصلاح نت: "الدولة البائسة في الرحم المزروع"، مفهوم جديد لدى الحاضنة الكلتنونية، ٢٨/٨/٢٠٠٠ م.

(٣) خصوبة دوت كوم، "اختراق عملي: توليد بويضات من أنسجة مبيض مجمدة وتخصيبها لتحويلها إلى جنين حي"، عدد ١٥ يناير ٢٠٠٤.

(٤) د/ عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ١٣.

المطلب الثاني

موقف القوانين العربية من التعامل على الأعضاء التناسلية

وجدير بالذكر أنهم القانون الطبي بوضع نظام قانوني لعمليات زرع الأعضاء. ومنها الأعضاء التناسلية، فمن الأسباب التي ساعد على ظهور القانون الطبي هو التقدم العلمي والفني في مجال الطب فقد ساعد ذلك على معرفة الكثير من قواعد فن الطب.

وبالرغم من اختلاف أحوال المرضى عن بعضهم إلا أنه تم التوصل إلى قواعد أصلية للطب بحيث يمكن على أساسها تحديد مسؤولية الطبيب عند خروجه عن هذه القواعد، ولهذا فالقانون يتدخل لإيقاع الجزاء على من يخالف هذه القواعد كل هذه العوامل تجعل الاهتمام بدراسة هذه الجزئية من مسائل وموضوعات القانون الطبي أمراً في غاية الأهمية.

وفي مجال زرع الأعضاء التناسلية بالذات حيث توجد المشكلة القانونية الأساسية في مدى مشروعية تصرف الإنسان في جزء من جسمه نجد الارتباط الشديد بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني^(١). فالطبيب الذي تنعقد مسؤوليته جزائياً لاستئصال عضو من شخص سليم لزرعه في شخص مريض لابد أن تنعقد مسؤوليته المدنية، ولهذا إذا أردنا بحث مشروعية عمليات زرع الأعضاء فأنا لابد أن نصل إلى تحديد مشروعيتها من الناحية الجزائية. وكل من المسئوليتين الجزائية والمدنية للطبيب تدرجان في نطاق القانون الطبي. ولهذا ستعرض لدراسة القانون الجزائي بالقدر الذي يلقي الضوء على مدى مشروعية عمليات زرع الأعضاء وبناء عليه.

فقد بدأت العديد من الدول بتنظيم كافة المجالات المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء ضمن ضوابط قانونية.

(١) د. سليمان مرقص - المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية القسم الأول ص ٢٦٩ رقم (١٠٣) القاهرة ١٩٧١ حيث يقرر أن الخطأ الجزائي متى ثبت عن طريق حكم بالإدانة يستتبع اعتبار الخطأ المدني ثابتاً أيضاً فالخطأ الجزائي يستغرق الخطأ المدني ولكن الخطأ المدني لا يستغرق الخطأ الجزائي. فقد يوجد خطأ مدني ولكنه لا يعتبر من قبيل الخطأ الجزائي.

لقد نصت بعض القوانين العربية صراحة " كالقانون الاردنى رقم ٢٠٣ الصادر سنة ١٩٧٧ م فى مادته الثامنة ، كما صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٧٧ (مؤقت) والمسمى بقانون الانتفاع بأعضاء جسم الإنسان والمعدل بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٠ (مؤقت). كما صدر القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٥٦ المسمى بقانون الانتفاع بعيون الموتى لأغراض طبية.

- والقانون التونسي الصادر سنة ١٩٩١ م على تحريم نقل الأعضاء التناسلية سواء للرجال أو النساء الأعضاء التناسلية تستمر فى حمل الشفريات الوراثية حتى بعد نقلها إلى الشخص الآخر، وهو ما يؤدي إلى اختلاط الأنساب، كما أجاز المشرع التونسي منذ عام ١٩٥١ للمستشفيات أخذ أعضاء الأشخاص المتوفين.

- وكذلك التشريعات الخاصة التى أشارت إلى هذا المنع القانون القطري: كما نصت المادة (٩) من القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ م بشأن تنظيم نقل وزراعة الأعضاء علي أنه: "لا يجوز بيع الأعضاء أو شرائها بأية وسيلة كانت أو تقاضي مبالغ مادية عنها"....

- وورد مثل هذا النص فى المادة (٧) القانون الإماراتي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ م والمادة (٧) من القانون الكويتي رقم (٥٥) لسنة ١٩٨٧ م بشأن زراعة الأعضاء.

- وقد تم إعداد مسودة مشروع القانون العربي الموحد لعمليات زراعة الأعضاء البشرية وذلك من خلال اجتماعات اللجنة الفنية لمجلس وزراء الصحة العرب المنعقدة فى ٦ - ١٨ / ١٢ / ١٩٨٦ فى المملكة العربية السعودية وبمدينة جدة وبتاريخ ١١ / ٢ / ١٩٨٨ انتهت اجتماعات الدورة الرابعة لمجلس مجمع الفقه الإسلامى التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامى فأصدرت توصياتها بشأن أطفال الأنابيب وموقف الشريعة الإسلامية من أجهزة الإنعاش الصناعى وتحديد زمان الموت من الناحيتين الشرعية والطبية وقضية انتفاع الإنسان بأعضائه أو بأعضاء إنسان آخر حياً كان أم ميتاً ومسألة تأجير الأرحام.

- وفي الجمهورية اللبنانية صدر المرسوم الاشتراكي رقم ١٠٩ تاريخ ١٦/٩/١٩٨٣ والمسمى (بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية) وفي ٢٢/٢/١٩٩٤ صدر القانون رقم (٢٨٨) والمتعلق بالآداب الطبية.
- وأصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٣ ، بشأن زرع الكلى مع الفتوى الشرعية رقم ١٣٢/١٩٧٩ والفتوى رقم ٨٧/١٩٨١.
- وفي العراق صدر قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ ثم قانون عمليات زرع الكلى رقم ٦٠ لسنة ١٩٨١ وحل محله قانون زرع الأعضاء البشرية رقم ٨٥ لسنة ١٩٨٦ ، حيث نصت المادة ٨ على "يحظر نقل الاعضاء التناسلية التي تحمل الصفات الوراثية من جسم شخص حي او جثة متوفى وزرعها في جسم شخص اخر"^(١).
- ونص القانون المغربي في المادة رقم ١٦ - ٩٨ لسنة ١٩٩٩ م المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها حظر أن تكون الأعضاء البشرية محلاً للتداولات التجارية^(٢) وجدير بالذكر نلاحظ أن القانون المغربي قد حرص علي

(١) راجع : د/ عبد الحميد اسماعيل الانصاري ضوابط نقل الاعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية دراسة مقارنة دار الفكر العربي - الطبعة الاولى - ٢٠٠٠ ص ٢٥.

(٢) فقد نصت المادة (٣٠) من القانون المغربي رقم ١٦ - ٩٨ المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها علي أن: "يعاقب بالحبس من سنتين الي خمس سنوات وبغرامة من ٥٠,٠٠٠ إلى ١٠٠,٠٠٠ درهم كل من عرض بأية وسيلة كانت تنظيم أو إجراء معاملة تجارية بشأن أخذ أعضاء بشرية خرقاً لأحكام المادة (٥) من هذا القانون ويعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة الأشخاص الذين يقومون بمعاملة تجارية تتعلق بعضو بشري ويعاقب بنفس العقوبات كل من تلق أو حاول تلق أجرة غير تلك المنصوص عليها والمتعلقة بإجراء عمليات مرتبطة بعمليات علي أخذ أعضاء بشرية أو الاحتفاظ بها أو زرعها أو ساعد في ذلك..". ونص مشروع القانون المصري علي أنه: "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشرة سنوات وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تتجاوز خمسين ألف جنيه كل من استقطع أو زرع أحد الأعضاء أو جزءاً منه أو أحد أنسجته بالمخالفة لأحكام المواد التي تضمنها مشروع القانون ومنها المادة (٤) التي تضمنت النص علي حظر بيع الأعضاء البشرية.

- ويشار هنا إلى أن مشروع القانون المصري بشأن استقطاع وزرع الأعضاء البشرية الذي وافقت عليه اللجنة المشتركة - لجنة الشؤون الصحية ومكتب الشؤون الدستورية بمجلس الشعب - نص في المادة (٤) علي أنه: "يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته علي سبيل البيع أو الشراء أو بمقابل مادي للموافقة علي الاستقطاع..".

أن يكون النصفى الكتمان L'anonymat الذي يقضى بإخفاء هوية كل من المتبرع والمتلقي للعضو^(١).

- وعلى الصعيد الدولي تبدو أهمية هذا الموضوع واضحة ففي لاهاي عقدت جمعية زراعة الأعضاء البشرية مؤتمرها الثالث عام ١٩٧٠ ولم تقصر منظمة الصحة العالمية في تلك المسألة فقد ورد في تقريرها المقدم في الدورة التاسعة والسبعين التي عقدت في ١٩٨٦/١٢/٣ توضيح للأعضاء البشرية القابلة للنقل طبياً ولبعض الأسس.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا المبدأ يمثل وسيلة للوقاية من عمل اتفاقيات بشأن جسم الإنسان، تجعل منه محلاً للعرض والطلب^(٢)، وهذا يؤكد مدى حرصهما علي درء شبهة الاتجار بالأعضاء.

في حين أننا نرى أن شرط كتمان هوية المتبرع والمتلقي ليس حلاً لهذه المشكلة، بل على العكس من ذلك سوف يترتب أحياناً علي كتمان سرية هوية العينة زواج الأخ من أخته أو اختلاط الأنساب، بالإضافة إلى ميلاد طفل مشتت المشاعر عند معرفته من الآخرين عن طريق الصدفة مثلاً بحقيقة أصله الجيني.

- ففي مصر صدر القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ عمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم وصدر كذلك القانون رقم ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ وهو أول تنظيم تشريعي لمسألة الاحتفاظ بالعيون والاستفادة منها. وأخيراً وافق مجلس الشعب في جلسته التي صدرت ٢٧ من فبراير عام ٢٠١٠ م بصورة نهائية على مشروع قانون رقم "٥" بشأن تنظيم زراعة الأعضاء البشرية.

(١) نصت المادة ١٢١١ - ٥ من القانون رقم ٢٠٠٤ - ٨٠٠ بتاريخ ٦/٢٠٠٤ أغسطس علي أنه: "لا يجوز للمتبرع معرفة شخصية المتلقي ولا للمتلقي أن يعرف شخصية المتبرع ولا يجب إفشاء أية معلومات تسمح بالتعرف علي الشخص الذي قام بالتبرع بجزء أو إحدى مكونات جسمه أو الشخص الذي يتلقى هذا التبرع..". نصت المادة (٧) من القانون المغربي رقم ١٦ - ٩٨ المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها علي أنه: "لا يجوز للمتبرع ولا لأسرته التعرف علي هوية المتبرع له كما لا يجوز كشف أي معلومات من شأنها أي تمكن من التعرف علي هوية المتبرع والمتبرع له..".

(٢) H.BYK ، La Loi relative au respect du Corps humain ، op.cit

المطلب الثالث

موقف القانون المصري من نقل الرحم

نقل الأعضاء التناسلية وتحديد الرحم مسألة مستجدة ومعقدة للغاية، وذلك لأن هذه المسألة وليدة ما توصل إليه التقدم العلمي في مجال نقل الأرحام بالتبرع؛ حيث تمكن الأطباء المعاصرون من تحقيق نتائج مذهلة في نقل الأعضاء التناسلية؛ بسبب تلف أو مرض أو غيره بصورة يقوم فيها العضو المنقول للمتبرع له بالوظيفة الخلقية ذاتها التي كان يقوم بها في الشخص المتبرع أي الذي نزع منه ذلك العضو.

ونظرا لحدائث هذه الطريقة، صاحب ظهورها تباينا في الآراء ما بين مؤيد ومعارض لنقل عضو الرحم من امرأة إلى أخرى، الأمر الذي يجعلنا نحاول عرض وجهة نظر كل من الرأيين، وذلك من خلال دراستنا بداية للتدرج والتطور التشريعي لقانون زرع أو نقل الأعضاء من جسد إلى آخر وصولا إلى قانون زرع الأعضاء الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠.

أولاً: رأى فقهاء القانون حول مدى مشروعية نقل الرحم:

وستتناول آراء شراح القانون حول مدى مشروعية نقل الأعضاء البشرية، وذلك قبل صدور القانون الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠ الخاص بنقل وزرع الأعضاء، والذي يخصصها بالتحديد عضو الرحم وذلك من خلال الاتجاهين الآتيين:

الاتجاه الأول: ذهب بعض الفقهاء المعاصرين^(١) إلى القول بجواز نقل عضو الرحم لضرورة إنقاذ آدمي آخر يحتاج إلى هذا العضو أو ذاك^(٢) بالشروط

(١) في عرض هذا الرأي يراجع: د. محمد نعيم ياسين - بيع الأعضاء الآدمية - بحث منشور ضمن أعمال ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقد في ١٨ إبريل سنة ١٩٨٧م - ص ٣٥١ وما بعدها، وقال بهذا الرأي أيضا الشيخ السيد سابق في ملحق الأربعاء - المدينة - العدد ٨٤ بتاريخ ١٤٠٥/١/٢٢ هـ مشار إليه لدى د. محمد علي البار - الموقف الفقهي والأخلاقي - المرجع السابق - ص ١٨٤.

(٢) من القائلين بهذا الرأي: د. حسام الدين الأهواني - المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول - السنة السابعة عشر - يناير سنة ١٩٧٥م - مطبعة جامعة عين شمس - ص ١٣٤ وما بعدها إلا أنه لا بد من الإشارة هنا إلى أن الدكتور حسام الدين الأهواني

الآتيه^(١):

- ١ - ألا يكون الهدف من نقله الربح والتجارة
- ٢ - أن تكون الغاية من النقل اتقاء مفسدة أعظم من مفسدة فقد العضو نفسه.
- ٣ - ألا يكون بيع العضو متعارضاً مع نص شرعي خاص كببيع الشعر والسائل المنوي.
- ٤ - ألا يكون هناك بدائل صناعية تقوم مقام العضو المراد نقله.
- ٥ - أن يكون النقل تحت إشراف مؤسسة متخصصة موثوقة للتحقق من توافر الشروط السابقة.

كما أستند أصحاب هذا الرأي بالفتوى التي صدرت من مجامع الفقه الإسلامي^(٢) ولجان وهيئات الإفتاء^(٣). وكذلك استدل هؤلاء علي رأيهم

قد عدل فيما يبدو عن رأيه هذا - يراجع: الدكتور: حسام الدين الأهواني - نحو نظام قانوني في جسم الإنسان - بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - العدد الأول السنة الأربعون - يناير ١٩٩٨م - ص ٣٤ وما بعدها، د. أحمد محمود سعد - زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى ١٩٨٦م - ص ٩١ وما بعدها، د. سعيد سعد عبد السلام - مشروعية التصرف في جسم آدمي دراسة فقهية مقارنة - مطبعة الجامعة بركة السبع - ص ٧٠.

(١) د. محمد نعيم ياسين - بيع الأعضاء الآدمية - البحث السابق - الموضع ذاته.

(٢) ومن الفقهاء المعاصرين القائلين بهذا الرأي الشيخ / جاد الحق علي جاد الحق - بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة - مرجع سابق - ٤٢٨/٣، د. يوسف القرضاوي - من هدى الإسلام فتاوى معاصرة - مرجع سابق ٥٣٣/٢، د. محمد سعيد رمضان البوطي - قضايا فقهية معاصرة - القسم الأول - مكتبة الفارابي دمشق - الطبعة الخامسة ١٩٩٤م - ص ١٢٠ وما بعدها، حسن مراد مناع - فتاوى وتوجيهات - دار الصفوة للطباعة الفردقة - الطبعة الثالثة - ص ٧١، د/ محمد نعيم ياسين - أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة - دار النفائس الأردن الطبعة الثالثة ٢٠٠٠م - ص ١٥٨، د. آية الله محمد آصف المحسني - الفقه ومسائل طبية - مؤسسة بوستان - ص ١٦ وما بعدها، د. محمد عبد الرحمن الضويني - التصرف بالأعضاء - مرجع سابق - ص ٧١.

(٣) قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي - الدورة الثامنة - المنعقد في مكة المكرمة - من ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥م، حيث جاء فيه: "أولاً: أن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته أو لاستعادة وظيفته من وظائف أعضائه الأساسية هو عمل جائز لا يتنافي مع الكرامة الإنسانية" وورد نحوه في قرار مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الرابعة - المنعقد في جدة ٦ - ١١ فبراير ١٩٨٨م - فتوى

بالكتاب^(١).

كما أستندوا أيضا إلى أن بعض الحقوق اللصيقة بالشخصية يجوز بيعها كالدّم ؛ حيث أجاز المشرع المصري بيعه في القانون رقم (١٧٨) لسنة ١٩٦٠م فيقاس عليه باقي الأعضاء^(٢). ويمكن الرد علي هذا القياس : بأنه قياس مع الفارق ، وذلك لأن القانون السالف الذكر قد ورد علي سبيل الاستثناء ؛ لأن الأصل عدم جواز المساس بالجسم في القانون المصري ، والاستثناء لا يقاس عليه

كبار العلماء في المملكة العربية السعودية - رقم ٩٩ الصادرة في ١٤٠٢/١١/٦ هـ - حيث ورد فيها : "٢ - جواز تبرع الإنسان الحي بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر الي ذلك". وفتوى لجنة الإفتاء الجزائرية - الصادرة في ١٩٧٢/٤/٢٠م - حيث جاء فيها : "أنه في حالة نقل العضو من الحي لا بد من التأكد أن يكون ذلك برضى تام من المتبرع وألا يلحق به ضرر" فتوى لجنة الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية الصادرة ١٩٧٧/٥/١٨م - حيث جاء فيها : "٣ - أن كان المنقول منه العضو أو الدّم حيا فيشترط ألا يقع النقل علي عضو أساسي في الحياة إذا كان هذا النقل قد يؤدي الي وفاة المتبرع ولو كان ذلك بموافقة ، بيان مجمع البحوث الإسلامية ودار الإفتاء المصرية - مجلة الأزهر - العدد الأول - السنة السبعون - مايو ١٩٩٧م - ص ٤٦ والذي أجاز التبرع بالأعضاء.

(١) "قال تعالى : (من أجل ذلك كتبنا علي بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا) سورة المائدة من الآية ٣٢".

وجه الدلالة :

قال المفسرون : إن المراد بالإحياء المذكور في الآية هو الترك والإنقاذ من هلكة - وهو مجاز - لأن الإحياء الحقيقي يختص بالله سبحانه وتعالى "الجامع لأحكام القرآن ١٤٥/٦ ، الدر المنثور - للإمام عبد الرحمن بن الكمال جلال الدين السيوطي - المتوفي ٩١١ هـ - دار الفكر بيروت - طبعة ١٩٩٣م - ٦٤/٣ وما بعدها فتح القدير ٣٤/٢".

والإحياء المذكور في الآية لفظ عام يشمل كل إنقاذ من التهلكة. ومن ثم يدخل فيه التبرع بعضو من الأعضاء غير المتجددة - كالكلية والرئة. .. الخ - لإنقاذ مريض من الهلاك المحقق. ويناقش هذا بأن هذه الآية لا دليل فيها علي أن إحياء النفس مندوب وليس فيها تعيين الإحياء بل إن المقصود بالإحياء في الآية كما ذكر المفسرون "الجامع لأحكام القرآن ١٤٥/٦ وما بعدها ، فتح القدير ٣٤/٢".

إنما هو حجة عليكم لا لكم لأن المقصود من إحياء النفس الإنقاذ من التهلكة ومنع الأذى والاعتداء علي النفس لأن ذلك من أسباب الإحياء لها ، والتبرع بالأعضاء يؤدي إلى التهلكة وهذا ليس إحياء وإنما هلاك وإضعاف للجسد.

(٢) د. أحمد محمود سعد - زرع الأعضاء بين الحظر والإباحة - مرجع سابق - ص ٩٣.

ولا يتوسع في تفسيره يضاف إلى ذلك أن الدم وإن كان عضواً إلا أنه يختلف عن سائر الأعضاء غير المتجددة فهو سائل يتجدد تلقائياً.

أما عمليات زرع الرحم أو المعالجة الطبية الجراحية أو، غيرها فهي وإن كانت مساساً بالجسم إلا أنها تعد من أسباب الإباحة (المادة ٢/٤١ عقوبات) التي تعفي الطبيب من المسؤولية الجنائية إذا أجريت طبقاً للضوابط الفنية والقانونية؛ لأن المساس بسلامة الجسد من أجل صيانتها وحفظه من الأمراض لا يعد مساساً ضاراً أو تعطيلاً لوظائف البدن. علماً أن القانون لا يعتد برضاء الشخص في جرائم الاعتداء على الحياة أو الجسم ولا ينفع للجاني أنه قام بالفعل برضا المصاب^(١).

الاتجاه الثاني: ذهب معظم رجال القانون إلى حظر نقل الأعضاء:

هذا وقد ذهب أصحاب الرأي المعارض للنقل ونحن نشاطرهم الرأي الي تبرير حظر مثل هذا النوع من العمليات الي أن حق الانسان في الحياة وأعضاء جسمه من الحقوق التي تخرج عن نطاق الإتفاقات^(٢) والعقود ومن ثم فان رضاء البائع أو المتبرع لا يميز مثل هذا التصرف أية ذلك أن الرضاء يجب توافره بجانب قصد العلاج الذي هو سبب إباحة^(٣) التطبيب والجراحة^(٤).

(١) د. محمود محمود مصطفى - مسئولية الأطباء والجراحة الجنائية - القانون والاقتصاد - السنة ١٨ ، ١٩٤٨ ص ٢٨٠.

(٢) Dierkens (R.): Les droit sur le corps et le cadaver de l'Homme, ed. Paris 1966, P. 30.

Cass. Civ.: 26.10.1972 D. 1973, P. 51.

Cass. Civ.: 9-5-1973, Gaz. PAL.: 1970-630, Note Doll.

(٣) ويرى الاستاذ الدكتور أحمد شرف الدين ان سبب اباحة عمل الطبيب او الجراح يكمن في اذن الشرع الذي ينشأ له رخصة استثناء من المحظور لا يستطيع في الاصل ان يستعملها علي جسم المريض الا باذنه فكان اذن الشرع هو الذي انشأ سبب الاباحه من الناحية التجريدية أما اذن المريض فلا يعدو ان يكون العامل المباشر الذي يمكن الطبيب من العمل بالرخصة التي خولها له الشرع علي جسم المريض. تفصيل ذلك د. أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية. ف ١٤ ص ٤٢.

(٤) Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris, (1969) p. 2247

ويستفاد مما سبق أن الأصل هو خروج جسم الإنسان من دائرة التعامل، ومن ثم تكون الاتفاقات الواردة عليه غير مشروعة ولا يجوز تبرير الإباحة استناداً لحالة^(١) الضرورة لانعدام شروطها ومنها وجود خطر جسيم حال كان يقضي الطبيب علي الجنين انقاذاً لحياة الام في ولادة عسرة.

ويرجع السبب في عدم إباحة مثل هذا النوع من العمليات وخضوع القائم بها تحت وطأة المسؤولية الجنائية العمدية، أن مثل هذا النشاط يعد مخالفاً للنظام العام^(٢) سلامة جسمه، والأمر كذلك بالنسبة للحياة. وهذه الحقوق هي حقوق غير مالية^(٣). كما سبق وأن ذكرنا.

ومن ثم لا يجوز القول بإباحة هذه العمليات قياساً علي منح الدم؛ وذلك لأن عملية نقل الدم لا يتأتى عنها أي ضرر حقيقي علاوة علي أن هناك المسوغ الشرعي لها حيث نظمت تلك العملية وأبيحت بموجب القانون^(٤) الصادر في ١٩٥٢/٧/٢١ وذلك بخلاف عمليات زرع الأعضاء التي تتضمن اعتداء علي حق المتنازل مقابل فائدة محتملة للمريض المتنازل له ولهذا وجب من حيث المبدأ عدم إباحتها ولا يغني عن ذلك القول بأن هناك رضا من المتبرع أو البائع لأن القول بذلك يعني انتهاك الحرمة المطلقة لجسم الانسان والمحافظة علي كيانه وسلامته والضرر الذي يتمثل في فقد الحياة وهو مساس بالحق في الحياة ضرر غير

(١) د. محمود محمود مصطفى. مجلة القانون والاقتصاد ص ١٨ ص ٢٨٩ ود. حمدي عبد الرحمن ص ١٠٠.

(٢) د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ط ١٩٨٢ فقرة ٢٠ ص ٣٢ مطبعة الحضارة العربية والاحكام الشرعية للاعمال الطبية طبعة الكويت الفصل الاول استقطاع الاعضاء البشرية بغرض الزرع ص ص ٨٩ - ١٥٥.

- Cases. Civ.: 4-2, 1959 la sem jurid, 1959, 11046, Note Savatier.

- A. Weill, : Droit civil, les obligations, Paris 1971, P. 36.

- R. Savatier: Traite de la Resp. Civil. T. 2 Paris 1951, No. 526, P. 92.

- A. Charaf El-Din: These, op. cit., N. 60 P. 39.

- J. Dabin: Droit civil. (obligations), Paris, 1972, P. 312. (٣)

- R. Savatier: Les Metamorphoses economiques et sociaux, du droit prive d'aujourd'hui, T. 2, 1957 N. 254.

- J. Matherbe: op. cit., P. 37. (٤)

مالي مثله في ذلك مثل هذا الحق^(١). أن الحياة وكل المميزات او الممكنات التي تخولها لصاحبها ليست أموالاً بالمعنى^(٢) الصحيح وعلي سبيل المجاز أن الحياة تعتبر أغلى الأموال^(٣).

"la vie... est considerée comme un bien en soi"

ومن ثم لا يجوز أن يدخل في دائرة المعاملات القانونية علاوة علي أن للإنسان علي جسمه حق انتفاع - كما قال^(٤) البعض القديس توماس الاكويني - وان ملكية الرقبة لله فيجب علي الانسان عليه بالصورة التي تلقاها من الله وعليه ان يعيده الي ربه مالك الرقبة ذلك ان صاحب حق الانتفاع لا يملك حق التصرف واذا لم يكن يملك المتنازل حق التصرف فمن باب اولى لا يجوز للطبيب أن يقوم بذلك لإنتفاء قصد العلاج وغاية ما يمكن أن يقال في هذا الموضع انه لا يجوز إستئصال أي عضو من إنسان إلا اذا كان من أجل مصلحة المتنازل - ذاته - كما لو أستؤصلت عين مريض تستوجب حالته الصحية استئصالها ففي هذه الحالة يعد العمل من زاوية المتنازل عملاً علاجياً وانه لا ضرر في هذه الحالة من إستعمالها لإنقاذ شخص آخر وفيما عدا^(٥) ذلك فالخطر قائم للنتائج الوخيمة التي تترتب عليها من اصابة الشخص المتنازل بالام نفسية اذا ما غرر به من قبل الاطباء بافهامه - علي غير الحقيقة - عن طريق المدح للزائف للدور الانساني الذي يقوم به لخدمة الانسانية والعلم.

(١) - J. Dabin. Lagasse: abs. a la Rev. Critique de la jurisprudence, belge, 1959, P. 308.

(٢) H. Capitan: Note sous cass. civ. 13 Avr L. 1921, D. 1992, 1.5.

(٣) P. Esmein: Note, D. 1962 - 151.

(٤) وقد تعرض رجال الكنيسة الكاثوليكية لهذا المشكل وطبقوا تعاليم توماس الاكويني فيقول البابا بيوس الحادي عشر ان الافراد لا يجوز لهم ان يتلقوا اعضاء جسمهم أو ينزلوا عن هذه الاعضاء أو يجعلوا الجسم غير قادر علي اداء وظائفه الطبيعية اللهم الا اذا كان من اجل المحافظة علي باقي اعضاء الجسم.

مشار اليه في د. حسام الاهواني المرجع السابق طبعة ١٩٧٥ صفحة ٢٢ وما بعدها.

(٥) P. 857, L. Kornprobst: La Resp. Med. Op. Cit..

ثانياً: التطور التشريعي لقانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية:

مدى إمكانية إمتداد أحكام القانون (رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢) الخاص بينك العيون على التبرع لبنوك النطف البشرية.

فإن التساؤل يثور لمعرفة ما إذا كان حكم هذا القانون يمتد ليسرى على التنازل عن عضو الرحم باعتباره عضو تناسلي أو المنتجات البشرية إذا أثبت علمياً أنه غير ناقل للمورثات وبالتالي لن يكون هناك إختلاط أنساب : للإجابة على هذه المسألة لابد من دراسة موقف قانون العقوبات من إمكانية إمتداد أحكام هذا القانون لأن إذا كان ذلك غير ممكن من الناحية الجنائية فإن الفعل يعد جريمة وبالتالي سوف تترتب عليه المسؤولية المدنية ومن ثم سوف نتعرض للمسألة فى نطاق القانون المدنى.

موقف قانون العقوبات من القانون (رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢) تنص المادة ٦٠ من قانون العقوبات على ان " لا تسرى أحكام قانون العقوبات على كل من ارتكب بنية سليمة عملاً مقرر بمقتضى الشريعة " ويترتب على ذلك كون الفعل مباحاً إذا وقع استعماله لحق يقرره القانون لمرتكبه.

وأسباب الإباحة التى قررها القانون العقوبات فى ذاك الوقت لإستعمال الحق فى التبرع بالأعضاء هى :-

- توافر عنصر الضرورة
- يجب أن يكون النقل من أجل العلاج
- ضرورة رضا المتبرع لأستعمال الحق الذى خوله له القانون الذى ليس سبباً فى الإباحة.

- استنفاد كافة الطرق العلاجية لكى يمنح القانون الطبيب حق الزرع والسؤال هنا هل يمكن طبقاً للقواعد العامة فى قانون العقوبات السالف ذكره إمتداد أسباب الإباحة هذه إلى سائر عمليات التبرع الأعضاء عامة والرحم خاصة؟

نرى أنه يمكن القياس كوسيلة للتفسير بالنسبة للنصوص شريطة أن تتفق مع أسباب الإباحة السابق ذكرها، ويجدر الإشارة هنا إلى أن عدم اتفاق النصوص القانونية بالقياس على أسباب الإباحة يعتبره القانون الجنائي قياساً

محرمًا لأنه سوف تتولد عندئذ جريمة تتبعها عقوبة ، بالإضافة إلى أن القياس لا يستهدف خلق أسباب جديدة للإباحة وإنما يقتصر على توسيع نطاق السبب بحيث يسجل وقائع لم ينص عليها القانون صراحة ، وفي هذا يتضح أن القياس يساعد كطريقة لتفسير النصوص التي تتكلم عن أسباب الإباحة وعلى هذا يقوم القياس بمساعدة تفسير الوقائع التي لم ينص عليها القانون صراحة^(١).

ولعل الصحيح أن التصرف الخاطئ المنسوب عن الفعل لأتجاه المتبرع وحده وإنما نص القانون الذي يسمح بالمساس بالجسد من أجل مصلحة الغير^(٢) وهذا الإتجاه الذي سلكه القضاء المصري^(٣).

وعلى هذا يتبين من خلال ما سبق أن سبب الإباحة الوارد فى القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ لا يمتد حكمه إلى التبرع بالرحم لذلك لا يمكن القول بقياس التبرع بالرحم على أحكام القانون السابق ذكره وذلك لعدم توافر أسباب الإباحة السابقة من حيث عدم توافر معيار الضرورة ونريد أن ننوه على الضرورة المقصود بها أسباب الإباحة من وجهة نظرنا وهى " الحالة التى يكون عليها الشخص مشرف على الهلاك.

"نرى إستنادا بالقياس على معيار الضرورة السابق بعدم إجازة التبرع بالرحم إلا فى حالة واحدة رغم ندرة حدوثها أو عدم توافر الإمكانية الطبية لتنفيذها حتى الآن على حد علمنا حتى هذه اللحظة فلو تمكن العلم من إجرائها وهى عند أشرف أو هلاك رحم الأم الحامل نتيجة حادث أو ما إلى ذلك..... وخوفا على الجنين الموجود بالفعل داخلها من الهلاك المتوقع يجوز عندئذ استبدال رحم امرأة فى حكم المتوفاة (الموت الاكلينيكي) بشرط ان تكون حتى أقارب

(١) محمود مصطفى القسم العام رقم ٩٣ ص ١٥٩ وما بعدها
(٢) محمود مصطفى المرجع السابق ص ٩٠ الهيئة العامة للمواد الجنائية فى أول يناير سنة ١٩٦٣ مجموعة احكام النقض الجنائى س ١٤ ص ١ (طعن رقم ١٠٨٤ لسنة ٣٢ ق. وتقول المحكمة صراحة أن القياس فى اسباب الإباحة امر يقره القانون) أنظر ماسيلى رقم ٥٤ ص ٨٣

(٣) نقض ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٢ - مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٦٢ ص ٥٩٦ ، ١٩ فبراير سنة ١٩٣٤ ج ٣ رقم ٢٠٩ ص ٧٢ ، نقض ٠ (نوفمبر سنة ١٩٨٥ مجموعة احكام النقض ١٩٥٨ رقم ٢١٩ ص ٨٩١ وأنظر أيضا محمود نجيب حسنى اسباب الإباحة فى التشريعات العربية رقم ١٦ ص ٢٦ القاهرة ١٩٦٢

الدرجة الثانية لأنه فى هذه الحالة نرى توفر عنصر الضرورة أى إنقاذ الجنين وهو سبب من أسباب الإباحة الذى أقره القانون فى شأن إجازة التبرع بالأعضاء المتمثلة فى الحفاظ على حياة الجنين من الموت المنتظر.

وتطبيقا للرأى السابق على عملية نقل الرحم تقع الجريمة الجنائية على المتبرع والمتبرع له ولا يعتد برضاائهما ويكون تصرفهما باطلا لتعلقة بالنظام العام. أما بالنسب للحالة التى رأينا إمكانية أجازتها فمتى توافر سبب الإباحة فإن التبرع أو نقل العضو الرحم من المتوفاة إلى المرأة الحامل المشرف وليدها على الهلاك لا يعتبر من قبيل الخطأ فى مفهوم القانون المدنى لأن هذه الحالة يحيط بها ظروف تجعله عملا مشروعاً ومن ثم لا تنعقد المسئولية وكذلك بالنسبة إلى موقف الطبيب القائم بعملية النقل أو التبرع السابق أجازتها لا يعتبر من قبيل الخطأ وبالتالي لا تترتب عليه مسئولية مدنية وتباعاً لا يسأل عن أى تعويض لأنه يستعمل فى هذه الحالة حقاً مشروعاً خولة له القانون لتوافر عنصر الضرورة اللازم لإباحة النقل أو التبرع وهو إنقاذ الجنين من الوفاة.

وبالرغم من أن القانون المصرى كانت خطواته بطيئة مقارنة بالقوانين المقارنة فى تناول تنظيم مثل هذه المستحدثات الطبية سواء بإقرار المشروعية مع إتخاذ الضوابط التى تخص ذلك ولا يحظر ممارستها بتجريم الأفعال المؤدية إليها رغم انتشار مراكز الإنجاب الصناعى.

إلا أن المشرع المصرى حرص على حماية الجسد وذلك بتضمين الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١/٩/١م التأكيد على حرمة الكيان المادى والمعنوي للإنسان حيث حظر إجراء أى تجربة طبية أو علمية على إنسان بغير رضائه الحر^(١) كما نص على أن كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين أو غيرها من الحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية أو المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء^(٢).

(١) المادة ٤٣ من الدستور الدائم المصرى لسنة ١٩٧١م.

(٢) المادة ٥٧ من الدستور المصرى.

ثم جاءت الأطر القانونية التي تنظم التبرع في ظل غياب التشريع الوطني. وفي ظل الغياب التشريعي غير المبرر، فإن الإطار الوحيد المنظم لزراعة الأعضاء في مصر كان لائحة آداب المهنة^(١) حتى العام الماضي. وتخلو اللائحة من عقوبات رادعة لمن يخالف حتى آداب ممارسة المهنة دون التطرق - بالطبع - للمسائلة الجنائية والحق المدني نظراً لطبيعتها بالأساس التي لا تعدو عن كونها مجموعة أخلاقيات لما ينبغي أن تكون عليه عمليات نقل وزرع الأعضاء من وجهة نظر النقابة.

وبعد أنتظار في ظل وجود غياب تشريعي لتقنين ووضع الضوابط القانونية لزراعة الأعضاء حتى جاءت موافقة مبدئية أقرها مجلس الشعب المصري على قانون نقل وزراعة الأعضاء - الذي وصف بالأطول نفساً - اعتبرها بعض الأطباء إنجازاً طبياً ينقذ حياة كثير من المرضى، بينما أعرب البعض تحفظه على

(١) وتنص لائحة آداب المهنة على أن تحاط نقابة الأطباء علماً بأي عملية نقل أعضاء معترفة بهدف إجراء تحريات لضمان نزاهة عملية التبرع والزرع، طبقاً لأخلاقيات المهنة المنصوص عليها في لوائح النقابة. كما لا يمكن أن تتم عملية النقل إلا بعد أن تصدر لجنة خاصة قرارها بالموافقة على إجراء العملية، حيث تنص المواد ٤٩، ٥٠، ٥١، من لائحة آداب المهنة الصادرة بقرار وزير الصحة رقم ٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ٢٠٠٣/٠٩/٠٥ على الآتي :-

مادة (٤٩)

تخضع عمليات نقل الأعضاء والأنسجة البشرية للمعايير الأخلاقية والضوابط المنصوص عليها في التشريعات واللوائح المنظمة لذلك.

مادة (٥٠)

على الطبيب قبل إجراء عمليات نقل الأعضاء وفقاً للتشريعات المنظمة لذلك أن يبصر المتبرع بالعواقب الطبية والأخطار التي قد يتعرض لها نتيجة لعملية النقل وأخذ الإقرارات اللازمة التي تفيد علمه بكافة العواقب في هذا الشأن قبل إجراء العملية.

مادة (٥١)

يحظر الإتجار في الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية والجينات البشرية ولا يجوز بأي حال من الأحوال للطبيب المشاركة في هذه العمليات ولا تعرض للمساءلة التأديبية. وحتى إصدار القانون، أعلن وزير الصحة عن قرار بعدم إجراء عمليات زرع الأعضاء إلا بقرار من الوزير ونقابة الأطباء. ولغرض تنظيم هذه العمليات، أنشأ القرار الوزاري رقم ٧٠ لسنة ٢٠٠٩، والذي صدر في ٢٢ فبراير، سجل خاص بعمليات زرع الأعضاء بالإدارة المركزية للمؤسسات العلاجية غير الحكومية والتراخيص.

عدد من مواده لاسيما الخاصة بالعقوبة المشددة والتي تصل إلى الإعدام^(١)، ولكن سرعان ما راعي القانون الحق في الحياة، حيث ألغى القانون عقوبة الإعدام في قانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية واستبدالها بالسجن المشدد في حالة إذا ما وقع فعل تسبب في الوفاة.

ومن ثم رأى البعض أن الرقابة والمتابعة في تطبيق القانون هو الأمر الأهم، حيث إن الهدف منه القضاء على تجارة الأعضاء^(٢).

وقال إن هناك شروطا تضبط عمل المستشفيات والمراكز الخاصة التي ستجرى بها عمليات نقل وزراعة الأعضاء، حيث تأخذ ترخيصا مؤقتا في البداية مدته سنة وبعد ذلك يجدد كل ثلاث سنوات مع التقييم المستمر لكل مركز أو مستشفى خاص، والمخالف سيطبق عليه القانون بعقوباته المتنوعة حسب نوع المخالفة أو الجريمة التي ارتكبتها.

وأزال نقيب الأطباء اللبس بخصوص حظر نقل الأعضاء بين المصريين والأجانب، والذي اعتقد البعض أن الاستثناء قاصر على الزوجين فقط، موضحا أن القانون الجديد يسمح للأب والأم إذا كان أي منهما أجنبي بعد مرور ثلاث سنوات على زواجهما إذا كان موثقا بنقل الأعضاء بينهما أو بينهما وبين أبنائهم جميعا.

من جهة أخرى، انتقد ما تردد بأن هذا القانون لا حاجة له مع ظهور بديل قريب بدأ العمل به في دول أوروبية وهو العلاج بالخلايا الجذعية. وقال إنه بالفعل بديل عن زرع الأعضاء لكن أمامه ٥٠ عاما على الأقل ليمارس في مصر، متسائلا "ماذا عن المرضى الذين في حاجة لزرع الأعضاء وإلا سيموتون بعد أشهر؟!".

(١) حيث ورد بالقانون فيما يتعلق بعقوبة الإعدام إذا ترتب على إجراء العملية وفاة المنقول إليه نتيجة زرع عضو أو جزء من عضو شخص متوفى، معتبرها "إحدى سلبيات القانون"، مضيفا أن الاتجاه العام كان مع تشديد وتغليظ العقوبة لحماية المواطنين.. وطمأنتهم.

(٢) نقيب الأطباء رئيس لجنة الصحة بمجلس الشعب قال - لموقع "أخبار مصر" www.egynews.net - إن عقوبة الإعدام إحدى سلبيات القانون، وهي النقطة نفسها التي اعتبرها رئيس اللجنة التشريعية بالمجلس سابقا أبرز إيجابياته.

ثالثاً: حكم التعامل على نقل الرحم فى القانون الجديد:

وأخيراً ومن خلال القانون الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠ الذى أصدره المشرع المصري لتنظيم عمليات تبرع ونقل الأعضاء^(١) يمكن لنا أن نستنتج ونستنبط الضوابط التى تنظم التبرع بالأرحام وذلك فى ظل افتقادها لحكم قانوني صريح بالجواز أو بالمنع وأقتصر الموضوع على معيار إختلاط الانساب وحتى الآن لا يوجد رأى طبي قاطع تجاه هذه المسألة هل يتم نقل مورثات عبر الرحم أم لا ؟ ، وذلك من خلال المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لقانون نقل الأعضاء المصري^(٢).

(١) موافقة صدرت ٢٧ من فبراير عام ٢٠١٠ أقرها مجلس الشعب المصري على قانون نقل وزراعة الأعضاء - الذى وصف بالأطول نفساً - اعتبرها بعض الأطباء أمجازاً طبيياً ينقذ حياة كثير من المرضى ، بينما أعرب البعض تحفظه على عدد من مواده ، حيث أن الهدف منه القضاء على تجارة الأعضاء. - راجع ص ٢٤٥ من هذا الكتاب

(٢) اللائحة التنفيذية لقانون نقل الأعضاء المصري

الفصل الأول : أحكام عامة

- مادة (١) لا يجوز إجراء عمليات زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة بنقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حى أو من جسم إنسان ميت بقصد زرع فى جسم إنسان آخر إلا طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له. - مادة (٢) لا يجوز نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حى بقصد زرع فى جسم إنسان آخر إلا لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة المتلقى أو علاجه من مرض جسيم ، وبشرط أن يكون النقل هو الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذه الضرورة وألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.

ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

- مادة (٣) مع مراعاة حكم المادة السابقة يحظر الزرع من مصريين إلى أجنبي عدا الزوجين إذا كان أحدهما مصرياً والآخر أجنبياً ، على أن يكون قد مضى على هذا الزواج ثلاث سنوات على الأقل ويعقد موثق على النحو المقرر قانوناً لتوثيق عقود الزواج.

ويجوز الزرع بين الأبناء من أم مصرية وأب أجنبى فيما بينهم جميعاً. كما يجوز الزرع فيما بين الأجانب من جنسية واحدة بناء على طلب الدولة التى ينتمى إليها المتبرع والمتلقى على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون

- مادة (٤) مع مراعاة أحكام المادتين (٢ ، ٣) من هذا القانون ، لا يجوز نقل أى عضو أو جزء من عضو أو نسيج من جسم إنسان حى لزرعه فى جسم إنسان آخر ، إلا إذا كان ذلك على سبيل التبرع فيما بين الأقارب من المصريين. ويجوز التبرع لغير الأقارب إذا كان المريض فى حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع بشرط موافقة اللجنة =

الخاصة التي تشكل لهذا الغرض بقرار من وزير الصحة وفقاً للضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

- مادة (٥) في جميع الأحوال يجب أن يكون التبرع صادراً عن إرادة حرة خالية من عيوب الرضاء، وثابتاً بالكتابة وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ولا يقبل التبرع من الطفل، ولا يعتد بموافقة أبوية أو من له الولاية أو الوصاية عليه، كما لا يقبل التبرع من عديم الأهلية أو ناقصها ولا يعتد بموافقة من ينوب عنه أو بمن يمثله قانوناً.

ويجوز نقل وزرع الخلايا الأم من الطفل ومن عديم الأهلية أو ناقصها إلى الأبوين أو الأبناء أو فيما بين الأخوة ما لم يوجد متبرع آخر من غير هؤلاء بشرط صدور موافقة كتابية من أبوي الطفل إذا كان كلاهما على قيد الحياة أو أحدهما في حالة وفاة الثاني أو من له الولاية أو الوصاية عليه، ومن النائب أو الممثل القانوني لعديم الأهلية أو ناقصها.

وفى جميع الأحوال يجوز للمتبرع أو من استلزم القانون موافقته على التبرع العدول عن التبرع حتى ما قبل البدء في إجراء عملية النقل وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون ضوابط التبرع وإجراءات تسجيلية.

- مادة (٦) يحظر التعامل في أي عضو من أعضاء جسم الإنسان أو جزء منه أو أحد أنسجته على سبيل البيع أو شراء بمقابل أيا كانت طبيعته.

وفى جميع الأحوال لا يجوز أن يترتب على زرع العضو أو جزء منه أو أحد أنسجته أن يكتسب المتبرع أو أي من ورثته أية فائدة مادية أو عينية من المتلقى أو من ذوية بسبب النقل أو بمناسبته.

كما يحظر على الطبيب المختص البدء في إجراء عملية الزرع عند علمه بمخالفة أي حكم من أحكام الفقرتين السابقتين

- مادة (٧) لا يجوز البدء في عملية النقل بقصد الزرع إلا بعد إحاطة كل من المتبرع والمتلقى إذا كان مدركا بواسطة اللجنة الثلاثية المنصوص عليها في المادة (١٣) من هذا القانون بطبيعة عمليتي النقل والزرع ومخاطرهما المحتملة على المدى القريب أو البعيد والحصول على موافقة المتبرع والمتلقى، أو موافقة نائبة أو ممثلة القانوني إذا كان من ناقصي الأهلية أو عديميها بالنسبة للخلايا الأم وفقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥)، وتحرر اللجنة محضراً بذلك يوقع عليه المتبرع، والمتلقى ما لم يكن غائباً عن الوعي أو الإدراك أو نائبة أو ممثلة القانوني

- مادة (٨) يجوز لضرورة تقتضيها المحافظة على حياة إنسان حي أو علاجه من مرض جسيم أو استكمال نقص حيوي في جسده، أن يزرع فيه عضو وجزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، وذلك فيما بين المصريين إذا كان الميت قد أوصى بذلك قبل وفاته بوصية موثقة، أو مثبته في أية ورقة رسمية أو أقر بذلك وفقاً للإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون

- الفصل الثاني : منشآت زرع الأعضاء البشرية

- مادة (٩) تنشأ لجنة عليا تسمى (اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية) تكون لها الشخصية الاعتبارية تتبع رئيس مجلس الوزراء، ويصدر بتشكيلها وتنظيم عملها وتحديد مكافآت أعضائها ومعاونيهم قرار منه بناء على عرض وزير الصحة.

ويتولى وزير الصحة رئاسة اللجنة ويعين أمانة فنية لها، وتتولى اللجنة إدارة وتنظيم عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة، وتحديد المنشآت التي يرخص لها بالزرع وكذلك الإشراف والرقابة عليها وفقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنقذة له.

ويصدر وزير العدل بالاتفاق مع وزير الصحة قرارا بمنح صفة الضبطية القضائية للعاملين الذين يتولون الإشراف والرقابة على المنشآت المشار إليها وذلك في حدود الاختصاصات الموكلة لهم في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنقذة له.

- مادة (١٠) تعد اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية قوائم بأسماء المرضى ذوى الحاجة للزرع من جسد إنسان ميت بحسب أسبقية القيد فى السجل المعد لذلك، ولا يجوز تعديل هذه الأسبقية إلا إذا كان المريض فى حاجة ماسة وعاجلة لعملية الزرع وفقا للقواعد الطبية والإجراءات التى تحددها اللجنة العليا، ولا تسرى هذه القوائم على الزرع فيما بين الأحياء.

ولا يجوز بآى حال من الأحوال تخطى الترتيب الذى أوردته القوائم المذكورة بسبب عدم قدرة المريض على دفع نفقات عملية الزرع.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الخاصة ببيان الأسبقية المشار إليها طبقاً للظروف المرضية، وكيفية حفظ سجلات القيد، والإجراءات الخاصة بحالات العجز عن السداد، والرجوع على المرضى القادرين بنفقات العملية.

- مادة (١١) تتكفل الدولة بنفقات إجراء عمليات زرع الأعضاء فى المنشآت الطبية المرخص لها، وذلك بالنسبة إلى كل من يعجز عن السداد ممن حل عليه الدور وفقا للضوابط التى يصدر بها قرارا من وزير الصحة.

وينشأ صندوق للمساهمة فى نفقات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة لغير القادرين يتبع وزير الصحة وتتكون موارده من

- تخصيصه الدولة فى الموازنة العامة.

- حصيلة الغرامات الموقعة على المخالفين لأحكام هذا القانون.

- الرسوم التى تحصل طبقا لهذا القانون.

- التبرعات.

- مادة (١٢) يصدر الترخيص للمنشأة بمزاولة عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة بقرار من وزير الصحة بناء على موافقة اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية، ويكون الترخيص لمدة عام تخضع فيه المنشأة للرقابة والإشراف المستمرين فى شأن ما تم إجراؤه من عمليات زرع الأعضاء وأجزائها والأنسجة ومدى الالتزام بمعايير الجودة المقررة فى هذا الشأن وما يجب أن يتسم به تنظيم عمليات التبرع والزرع من شفافية، فإذا ثبت توافر الالتزام بالاشتراطات والمعايير المشار إليها يكون تجديد الترخيص كل ثلاث سنوات.

- ويكون إصدار الترخيص وتجديده مقابل رسم تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون فئاته بما لا يتجاوز عشرين ألف جنيه لكل ترخيص أو تجديد له.

- ويجب أن يتسم تنظيم وتنفيذ أنشطة التبرع والزرع بالشفافية على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

الفصل الثالث

إجراءات زرع الأعضاء البشرية

رابعاً: الضوابط التي تنظم نقل الأرحام في ظل قانون نقل الأعضاء الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠:

- ١- توافر عنصر الضرورة أو وجود مرض جسيم.
 - ٢- ضرورة رضا المتبرع لاستعمال الحق الذي خوله له القانون.
 - ٣- يحظر الزرع من مصريين إلى أجنبي.
 - ٤- يجوز زرع جزء من عضو أو نسيج من جسد إنسان ميت، إذا أوصى بذلك بشرط التوثيق.
 - ٥- ويحظر زرع الأعضاء أو أجزائها أو الأنسجة أو الخلايا التناسلية بما يؤدي إلى اختلاط الأنساب.
 - ٦- ألا يكون من شأن النقل تعريض المتبرع لخطر جسيم على حياته أو صحته.
 - ٧- يجب أن يكون النقل من أجل العلاج.
 - ٨- استنفاد كافة الطرق العلاجية على أن يكون النقل هو الحل الوحيد.
- ١- توافر حالة الضرورة لإجازة التبرع بعضو الرحم من امرأة إلى أخرى أو وجود مرض جسيم.

كما أنه من الضوابط المهمة التي نص عليها الفقه القانوني هو توافر حالة الضرورة العلاجية التي يوجبها حفظ حياة الفرد المراد نقل العضو إليه الأمر بالنسبة إلى معيار الضرورة اختلفت الآراء حول توافر هذا المعيار في مسألة نقل الرحم وهل ينطبق هذا المعيار على نقل الرحم أم لا ؟

- **الرأى الاول:** رأى البعض بأن عنصر الضرورة متوافر في نقل الرحم عند وجود عيب به يستحيل معه الإنجاب بمعنى آخر يرون أن مسألة العقم ووجود

مادة (١٣)

تشكل بقرار من اللجنة العليا لزرع الأعضاء البشرية لجنة طبية ثلاثية في كل منشأة طبية مرخص لها بالزرع، وذلك من بين الأطباء المتخصصين، من غير المالكين أو المساهمين في هذه المنشأة والذين لا تربطهم بها رابطة عمل أو صلة وظيفية، تختص دون غيرها بالموافقة على إجراء عمليات زرع الأعضاء البشرية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له.

عيب بالرحم تعلو لدرجة الإستعانة برحم آخر عن طريق النقل من متبرع لو تم التأكد من عدم وجود احتمال لإختلاط الانساب.

- **الرأى الثانى:** يرى بعضا من الفقه^(١) أن عمليات النقل تشكل مشكلات شرعية وقانونية علي درجة كبيرة لذلك نجد أن نقل الرحم أو التبرع به غير جائز عند بعض الفقه القانوني المصري، - ونحن نشاطرهم الرأى - وقد تجلّى ذلك فيما وضعه هذا الفقه من ضوابط قانونية مقترحة لنقل وزراعة الأعضاء البشرية عامة أهمها الضابط المتعلق باشتراط حالة الضرورة لدى المنقول له والتي يفتقدها العقيم المنقول إليه الرحم. وأخيرا فأن معيار الذي يشترط الضرورة العلاجية القائمة علي احتمال هلاك المنقول إليه ينقض جوازها من أساسه فليس متوفر في نقل الرحم الضرورة المطلوبة شرعاً لإباحة نقلهما لأن مرض العقم أو وجود عيب فى الرحم لا يستدعى هلاك الانسان كلية.

٢- **بالنسبة إلى مسألة ضرورة رضا المتبرع لأستعمال الحق الذى خوله له القانون.**

جدير بالذكر اتفاق فقهاء القانون المدنى على أنه يعتبر مخطئا من يسبب للغير ضررا حتى ولو كان الغير قد قبل هذه المخاطر فعندئذ لا يعتد برضائه ويعتبر باطلا وتظل المسئولية منعقدة عليه وهذا من منطلق أن الشخص ليس له

(١) راجع: د/ محسن عبد الحميد اليه، مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص ٢١٥، حيث اقترح في المادة الأولى من الضوابط المقترحة لنقل وزراعة الأعضاء في المادة الأولى فقرة (١): يحظر نقل الأعضاء من أنسان حي أو جثة أنسان ميت، إلا في حالات الضرورة القصوى التي يقدرها فريق متخصص من الأطباء وبمراعاة القيود الواردة بالنصوص التالية وأيضا د/ أحمد شوقي أبو خطوة، الضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ٢٤٧، حيث ذهب لاشتراط المصلحة العلاجية الراجعة للمنقول إليه التي تقتضي المحافظة علي حياته وفق الشروط المنصوص عليها في القانون، وأيضا د/ عجمي مصطفى عجمي، مدى مشروعية عمليات زرع الأعضاء البشرية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٥م، ص ٤٢.

الحق قانونا فى التصرف فى جسده لأن هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام ومن ثم لا يعتد برضاء المجني عليه^(١).

وجدير بالذكر يستفاد أيضا من موقف فقهاء وقضاء فرنسا ومصر على عدم الاعتداد برضاء المجني عليه من كل قيمة كسب لإباحة الاعتداء على الحق فى التصرف على جسده إلا أن الفقه والقضاء فى ألمانيا وإيطاليا أخذ مذهباً مختلفاً إذ لرضاء المجني عليه قيمة محدودة فى إباحة فعل الاعتداء على سلامة الجسم وأن كان الأصل أن يتجرد من هذه القيمة^(٢).

٣- **يحسب للفقه القانوني المصري إجهاده فى وضع الضوابط القانونية التى يمكن أن تسير على نهجها التطبيقات الطبية الحديثة الخاصة بنقل وزرع الأعضاء وهذا حتى يتم بتر تجارة الأعضاء التى إنتشرت منذ حين وخاصة فى دول العالم الثالث ولكننا نختلف مع ما وضعه المشرع فى نص المادتين الثالثة والرابعة، لأنه ليس منطقياً فى وظل الظروف الاقتصادية السيئة التى نعيشها اليوم والتى نتج عنها سرقة الأعضاء البشرية وتداولها بالإتجار بها أن يتيح المشرع التبرع لغير الأقارب، وأن ينتظر بعد ذلك أن يتم هذا بدون مقابل لأنه ما الدافع الذى يدفع إنسان ليس تربطه علاقة بالمتلقى ان يتبرع مثلاً بكليته له إلا من باب الإنسانية وهذا وفى ظل ما نعيشه سيكون إستثناء لحالة أو حالتين ولا يجوز أخذ الأستثناء كقاعدة أو القياس عليه؛ لذلك نقترح ضرورة ان يكون التبرع**

(١) Soliman Morcos ; Essai d , une theorie generale sur les causes d ,
exo neration de la responsabilite civile contractuelle et
delictuelle p. 310 these le Caire 1936.

سليمان مرقص: المسئولية المدنية المرجع السابق ص ٣٠١ رقم ١١٨
(٢) د. محمود نجيب حسني - الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات - بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد - لسنة ٢٩ - ١٩٥٩ ص ٥٣٠ /
ويؤخذ على المشرع المصري لعدم تطرقه لبعض الأفعال التى لم تدخل تحت طائلة العقاب هذا بالإضافة إلى خلو النصوص القانونية من حماية الإنسان من نفسه لأنه لم ينص على حماية سلامة الجسد من الشخص نفسه وإنما من الغير فقط ، وعلى سبيل المثال إذا أطلق شخص الرصاص فى اتجاه آخر ، قاصداً بذلك أن يسيطر الرعب عليه فأدى الفعل إلى إغماء استمر بعض الوقت أو أدى إلى اضطراب عصبي ترتب عليه إلى شلل أو ترتب عليه ارتعاش فى أطراف الجسم د. حسن المرصفاوي ، قانون العقوبات الخاص ، المرجع السابق ، ص ٢١١ وما بعدها طبعة ١٩٧٨ . د. عبد المهيم بكر ، القسم الخاص وقانون العقوبات ص ٦١٣ وما بعدها طبعة ١٩٧٧ ، دار النهضة العربية ، القاهرة.

للأقارب حتى الدرجة الثانية فقط لأنى أرى ان نصوص المادتين ٣، ٤ كلام نظرى وفى الوقت نفسه غير مطابق للواقع العلمى لذلك أقترح على واضعى هذا القانون تعديله بحيث أن يحدد درجة القرابة بين المتبرع والمتبرع له وبهذا سوف نتفادى نص المادة "٣" بخصوص التبرع للأجانب لأن التبرع سوف يقتصر على القرابة الى الدرجة الثانية وبالتالي ضمان عدم المتاجرة لقرب العلاقة بين المتبرع والمتبرع له.

٤- **لى تعقيب بخصوص إيصاء المتوفى بالتبرع بعضو من أعضائه الى من يحتاجه بعد وفاته** على حد علمى المتواضع يسأل الانسان عن جسده أمام ربه بعد وفاته لانه وديعه أودعها الله عند الانسان فهى حق لله تعالى يجب أن يحافظ عليها الانسان على أن يردّها سليمة وقت ان يشاء الله له فكيف له ان يعرف بان هذا التصرف فى جسده سواء ان كان بالمعاوضة او التبرع يحق له وخاصة ان التسليم سيكون بعد الوفاة فالله عز وجل لم يشير لنا فى كتابه العزيز أو فى سنة نبيه الكريم اى شىء يوضح لنا تبرع الانسان بجسده لآخيه الانسان بعد الوفاة لان بمنهى البساطة تنتهى الشخصية القانونية وحق الانسان فى التصرف عقب الوفاة مباشرة.

وبخصوص حق الإنسان فى التصرف على جسده^(١) سواء أن كان بالتبرع أو التوصية بأعضائه، هناك عدة اتجاهات سوف نسردها حتى يتاح لنا ان نستنتج

(١) ذهب اصحاب هذا الرأي أن حق الانسان فى التصرف على جسده حق إرادى يعطى لصاحبه حقاً فى منع غيره من الاعتداء عليه هذا بالإضافة إلى أن اعتبار جسم الإنسان يندرج ضمن الأشياء يمنح ميزة عملية للاستقرار القانونى للجسم ومكوناته دون الحاجة للتمييز بين الجسم وعناصره ومكوناته وبالتالي سوف تظهر أهمية الاعتراف بمادية الجسد وتملكه وحرية من قبل الشخص عندما يتعلق الأمر بتحديد حق الإنسان فى التصرف على منتجاته التى انفصلت عنه إذ أن اعتبار حق الإنسان على جسده حق ملكية وله سلطة إرادىة فى التصرف لما انفصل عنه من نطف آدميه وهذا بلا شك يساعد على محاربة إشكال الاتجار بالجسد البشرى ومنتجاته المنفصلة عنه 'احمد عبد الدايم - أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانونى - المرجع السابق - ص ٤٣) وفى هذا الصدد يذكر أن الفقه الفرنسى فى تحديد المقصود من الحق فى سلامة الجسد الإنسانى إلى اعتباره حرية من الحريات وذلك تبعاً لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يستطيع الإنسان بإرادته أن يمارس على جسمه ما يشاء من الأفعال ولو ترتب عليه إخلال فى سلامته الجسدية ما دام لم يضر بسلامة الآخرين واستندوا فى ذلك إلى ما تضمنه المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان الفرنسى الصادر فى سنة ١٧٨٩.

- وذهب رأى ثانى إلى ان حق الانسان فى التصرف على جسده مصلحة يكفلها القانون فإذا كان يسمح له بالتصرف بأعضاء جسمه ومنتجاته فإن ذلك مقيداً بضوابط

ما مدى حق الانسان على التصرف فى اعضائه بعد وفاته؟ وهل يمكن لنا الاخذ بنص المادة "٨" من اللائحة التنفيذية لقانون نقل الأعضاء المصرى؟
ونحن نرى أنه لأحقية الانسان فى التصرف على عضو من أعضائه لابد أن تتوافر فيه جميع ما سبق؛ لأن أحقية الانسان فى التصرف على جسده مصلحة يكفلها القانون فهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية لأنه حق إرادى يعطى لصاحبه حقاً فى منع غيره من الاعتداء عليه ويتوج هذا كله ان الانسان بجميع اعضائه ملك لله تعالى فلا يجوز أن يبيع الانسان ما لا يملك.

نص عليها القانون تحقيقاً لمصلحة الفرد أو المصلحة العامة على أساس أن الفرد عنصر من عناصر المجتمع.
فهم يروا أن كل اعتداء به، على سلامة جسدا لإنسان ويؤثر تأثيراً سلبياً على أداء الأعمال ذات القيمة الاجتماعية، أى ينتقص من صلاحيته لأداء وظيفته الاجتماعية، يعد إهداراً لحق المجتمع فى سلامة جسم كل فرد من أفراد. ورضاء المجنى لا يعتد به، ولا يجرد من الصفة غير المشروعة. فالرضاء يتجرد من كل قيمته فى الحدود التى يمتد إليها حق المجتمع، فيظل هذا الاعتداد خاضعاً للتجريم. (أ.د/ نجيب حسنى - الحق فى سلامة الجسم المرجع السابق ص ٢٥٧ / د / رمسيس بهنام - الجريمة والجزاء - المرجع السابق - ص ٢٧٤.

Tahon (r) cit p 338 ; op

- وذهب رأى ثالث يؤيد حق الانسان فى التصرف على جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية والمراد بالشخصية التى يتمتع بها الإنسان قابليته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وتأسيساً على ذلك فإن كل شخص طبيعى يتمتع بطائفة من الحقوق أما تكون مالية وهى ما يطلق عليها الذمة المالية أو غير مالية وهى التى تثبت له بمجرد تمتعه بالشخصية القانونية وهى ما يطلق عليها: الحقوق اللصيقة بالشخصية.
كما يرى الفقه آخر إلى أن تلك الحقوق التى تستمد أصلها من الشخصية وتكفل للشخص الانتفاع بنفسه وبكل ما هو مرتبط بنفسه ارتباطاً لا انفصام له. . ولا تتكون حقوق الشخصية من سلطة تقرر للشخص على نفسه يكون له بمقتضاها أن يتصرف فى نفسه كيفما شاء وأما هى حقوق موجهة نحو غيره بقصد الاعتراف بوجود هذا الشخص وحماية وجوده (د/ عبد الحى حجازى - نظرية الحق - المرجع السابق ص ١٤)

ويرى البعض أن الحق فى الحياة والحق فى سلامة الجسد من الحقوق اللصيقة بالشخصية لما لها من استقلالية وذاتية تسموا بها عن باقي الحقوق الأخرى ولما تشتمل به فى ذات الوقت من حماية قانونية سواء فى مواجهة الغير أم فى مواجهة الشخص نفسه (د/ افتكار مهيوب دبوأن المخلافي - حدود التصرف فى الأعضاء البشرية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى دراسة مقارنه - ٢٠٠٦م - دار النهضة العربية ص ١٩)

د. عدم الاعتداد بنقل الأعضاء إذا تعارض مع النظام العام والآداب العامة

وسوف نورد شرح باقى النقاط من خلال مدى مطابقة هذه العملية على النظام العام، مما لا شك فيه أنه إذا تعارض نقل الأعضاء البشرية مع قواعد النظام العام فى القانون المصرى أو مع الآداب العامة فى المجتمع فإن ذلك يرتب حظر عملية النقل^(١)، حتى ولو توافرت فيها الضرورة العلاجية الموجبة لحفظ حياة المنقول إليه، خوفاً من الضياع لما سيؤدي إليه ذلك من استقرار وتقديم ورقي الفرد والجماعة كل ذلك يجعل من نقل ما ينقل الوراثة من الغدد المفروزة لخلايا الإنسان متعارضا ولا شك مع النظام العام فى القانون المصرى^(٢).

و يحسب للمشرع المصرى بتصنيف الأشياء من حيث مدى أحقية التصرف فيها وإنطلاقاً من ذلك بما أن عضو الرحم جزء من أعضاء الإنسان المسئولة عن إنتاج البشر - بإذن الله تعالى - وليست المسئولة عن استمرار حياة الإنسان لذا؛ لا يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية إذا لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ولا يجوز التصرف فيه^(٣).

(١) أنظر المادة الثالثة من الفصل الأول من مقترحات جامعة المنصورة بشأن ضوابط نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ١٩٩٦م، ص ٢٥٠، د/ أحمد شوقي أبو خطوة، الضوابط القانونية لنقل وزرع الأعضاء البشرية، مرجع سابق، ص ٢٤٨ (المادة السادسة من المشروع المقترح).

(٢) لم يتطرق الفقه القانوني الذي تناول مسألة زراعة الأعضاء التناسلية على وجه التحديد، وذلك فى معرض بحث توافق هذا النقل مع أحكام القانون إلا لناعية تعارض النقل مع قواعد النظام العام والآداب العامة دون النظر لما قد يمكن أن يكون مأنع قانوني - مباشر لتلك التدخلات الجراحية، وكذلك دون البحث عن النصوص التي يمكن أن تجيز هذا النقل مع التوصية بتعديلها. من ذلك الفقه: د/ أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١٣٦، د/ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص ١١٩، د/ محمد سامي السيد الشوا، الخطأ الطبي أمام القاضي الجنائي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م، ص ٦٨٦.

(٣) د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق، ص ١٤ وهذه المادة تقابل المواد أرقام ٩٧، ٩٨ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصرى جعل الأشياء التي لا تخرج عن التعامل سواء لطبيعتها أو بحكم القانون تصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية، وذلك طبقاً لنص المادة ٨١ من القانون المدني المصرى، حيث نصت علي أن "كل شئ غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن

والراجع لدينا عدم إمكانية التبرع بعضو الرحم من سيدة الى أخرى
بصرف النظر عن القرابه بينهما وهذا لعدم توافر حالة الضرورة التى تستدعى
ذلك كما سبق وأن أوضحت أن معيار الذى أشير اليه هو الهلاك من الموت وليس
إنجاب الطفل كما يرى البعض ، وحتى نغلق مصراعى الباب حول هذه المسألة.

يستأثر بحياتها ، وتلك التى تخرج بحكم القانون فهي التى لا يميز القانون أن تكون محلاً
للحقوق المالية
وهناك المادة ٤٣ من الدستور المصري التى منعت إجراء أية تجربة طبية أو علمية علي
جسم الإنسان بغير رضائه الحر.

الباب الثاني أحكام التعامل على الرحم

تمهيد:

مما لاشك فيه أن الإنجاب الصناعي ساعد في تقديم العون لعدد كبير من الأزواج الذين يعانون من عدم الإنجاب. بالتالي أصبحت الوسائل الطبية التقليدية عاجزة عن علاجهم من عللهم. خاصة وأن الإحصاءات الطبية تدعو إلى الزيادة المضطردة في حالات عدم الإخصاب. فعلى سبيل المثال في الولايات المتحدة سجلت الإحصاءات زيادة في العقم الناتج عن انسداد الأنابيب تبلغ ٣٠٠٪ خلال السنوات القليلة الماضية. ففي عام ١٩٧٦ كان واحد من كل عشرة أزواج يعانون من عدم الخصوبة ثم بعد ذلك ارتفع العدد عام ١٩٨٤ ليصبح واحد من كل ستة أزواج يعانون من عدم الخصوبة. في الولايات المتحدة^(١). ومنذ ١٩٦٥ ازداد معدل العقم بين النساء الأمريكيات بنسبة ثلاثة أضعاف^(٢). وعموماً تقدر منظمة الصحة العالمية أن عدد الأزواج المصابين بعدم الإخصاب يتراوح ما بين ٥٪ من الأزواج في العالم^(٣).

وأريد أن أنوه إلى أن مسألة الإنجاب الصناعي أصبحت أمراً واقعاً يمارس على نطاق واسع ليس فقط في المجتمعات الغربية بل أيضاً في عدد دول عربية (وأردت هنا أن أقول في عدة دول عربية وليس في الدول الإسلامية حيث أن معظم الدول يسكنها المسلمون وغير المسلمون).....

(١) The new origin's of life time sept 10-1984.

(٢) مجلة المختار العدد ٨٩ أبريل ١٩٨٦ ، ص ١٩ مقالة بعنوان صراخ الاطفال في بيوت الأزواج المصابين بالعقم أعداد بيغى مان

(٣) Ciba clinical symposia 28 (5) 1976 :the infertile couple , Evaluation and treatment.

وأنظر كذلك محمد على الباز، أخلاقيات الإنجاب الصناعي - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ الدار السعودية للنشر والتوزيع جدة المملكة السعودية ص ، / ٢٧ راجع: كذلك احمد شوقي ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث ١٩٨٦ - دار النهضة العربية القاهرة ، هامش ١٤٥.

ومن ثم شغلت الأمور المتعلقة بعدم الإنجاب جانبا هاما من تفكير العلماء والأطباء مما دعاهم إلى إيجاد حلول واستخدام البحث العلمي تأملا منهم إلى الوصول إلى حلول علاجية ناجحة للأزواج الغير قادرين على الإنجاب. نرى أن هذه الإنجازات أحيث فى الوقت نفسه مهام أخرى ألا وهى القضايا الدينية والقانونية والأخلاقية، بحيث صارت هذه التقنيات مجال للبحث والجدل حول العالم كله، وخاصة أن هذه التقنيات جاءت لنا من مجتمعات مختلفة عنا فى عاداتنا وأخلاقنا وديننا ؛ لذلك لا ينبغي أن نأخذ كل ما هو جديد ونطبقه كما هو. ولكن لابد لنا من مراجعة الأمور. نحن نعلم جيدا أن الموضوع ليس بسيط وأن هناك بعض الأزواج الغير قادرين على الإنجاب أحييا فيهم الأمل، ولكن فى الوقت نفسه يقف على الطرف المقابل لهذا الأمل بعض القضايا التى يجب علينا أن نأخذها فى الاعتبار مثل هل هذا مشروع أم غير مشروع. حلال أم حرام؟

ولذلك نرى أنه لابد من وضع أسس وضوابط لازمة عند إجراء أو استخدام هذه التقنيات الحديثة.

وهذا يعنى أنه إذا كان الإنجاب الأصطناعى قد أصبح أمرا واقعيا فإن القانون باعتباره علما اجتماعيا وأخلاقيا وجب عليه أن يلحق بهذا التقدم الطبي حتى يضمن لنا كيفية الاستفادة والاستعانة من هذا التقدم الطبي فى معالجة أمراض العقم لدى الكثيرين وذلك عن طريق مواءمة الضوابط الشرعية فى الحفاظ على كرامة الإنسان وضمان نقاء نسله وبما يتفق ذلك مع ما شرعه الله جل شأنه بين الزوجين ويتم ذلك عن طريق وضع الأسس والضوابط اللازم أتباعها عند استعمال هذه التقنيات الحديثة، وخاصة بعد أن حدث تطور هائل فى مجالات التشخيص بوجه عام ونذكر مثال على سبيل العلم وليس الحصر جاء فى إحدى الجرائد الرسمية^(١) موضوع بعنوان تخصيص بعض البويضات جائز شرعا ولكن بشروط سوف نجيزها لعدم الإطالة أنه يميز التخصيب بعض البويضات تجميد

(١) جريدة اخبار اليوم - السبت ١٩ من صفر ١٤٣٠ - ١٤ من فبراير ٢٠٠٩م باب اسال والعلماء يجيبون على لسان د/ عبد الفتاح ادريس - استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر.

البعض الآخر وفقا للمراجع من العلماء بشرط أن تكون هذه البويضات خصبت بنطف زوج صاحبة البويضات أثناء قيام العلاقة الزوجية وأستدل أصحاب هذا الرأي بحديث رسول الله ﷺ لما روى عن حفصة أن رسول الله ﷺ قال: لا يدع أحدكم طلب الولد فإن الرجل إذا مات وليس له ولد أنقطع اسمه والحاجة تنزل الضرورة وستكلم في هذا الموضوع في مكانه في هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

قال الله تعالى: لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ ۖ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ^(١).

وقال الله تعالى: لَا إِلَهَ يَعْلَمُ مَا تَحْمِلُ كُلُّ أُنْثَىٰ وَمَا تَغِيضُ الْأَرْحَامُ وَمَا تَزْدَادُ وَكُلُّ شَيْءٍ عِنْدَهُ بِمِقْدَارٍ ۖ عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الْكَبِيرُ الْمُتَعَالِي^(٢).
ولقول الله تعالى إِيَّا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَتَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا^(٣).

وجدير بالذكر أن هناك آثار مترتبة على استخدام الأرحام من النظم الجديدة علي الواقع القانوني فلم يتوقع فقهاء القانون في يوم من الأيام أن تقوم امرأة بحمل ووضع جنين لحساب امرأة أخرى فهذا يحتاج إلى التساؤل حول طبيعة هذا النظام من الناحية القانونية؟ وهو هل يعتبر عقداً صحيحاً تترتب عليه كافة الآثار التي تنصرف على أطراف العقد وخاصة أن العقد محل البحث ليست له صفة ملزمة في مواجهة أي طرف.

فالعقد تحيطه ضغوط أدبية وبواعث مالية ومخاطر واضطرابات عاطفية ونفسية وعدم استقرار أسري وغير ذلك مما يؤثر في الإرادة ومدى فاعليتها. فإذا تضمن العقد التزامات لمصلحة الطفل، مثل خضوع الأم المستأجرة للكشف الطبي الدوري أو الامتناع عن التدخين أو عن تعاطي المواد المخدرة أو الخمر أو

(١) الشورى: ٤٩، ٥٠.

(٢) الرعد: ٨، ٩.

(٣) النساء: ١.

ضرورة استخدام غذاء معين أو القيام بأعمال تقتضي مجهوداً بدنياً وغيره، فلا يجوز تنفيذ ذلك بالقوة^(١).

وقد يكون السبب في تسمية الاتفاق المبرم بين الأطراف أساسه ما تضمنه العقود التي تدرج من مصادر الالتزام، حيث تضم تلك العقود الالتزامات والحقوق التي تنطبق على الأطراف وقد ينشأ عن هذه الحقوق التزامات إحداها التزامات على المؤجر والأخرى التزامات على المستأجر وعلى هذا الأساس سمي الاتفاق المبرم في عملية الإنجاب باستعارة رحم أخرى بعقد إيجار الرحم الذي هو موضوع هذا الكتاب. كذلك يمكن أن يكون هذا التصرف تبرعاً أو معاوضة فلو سلمنا جدلاً أنه تم في صورة تبرع فهل يمكن اعتبار هذا التبرع على أنه هبة وهل يترتب عليه أحكام وأثار؟ أم أن يكون هبة صورية؟ وستكون الإجابة على هذه التساؤلات من خلال بيان طبيعة العلاقة بين الأطراف.

ولا شك من أن هناك ضرورة لإتخاذ هذه الممارسة عبر شكل قانوني وذلك للحفاظ على حقوق كلا الطرفين ومن ثم رغم اختلاف الفقه بين تحديد طبيعة العقد المبرم بين الزوجين والطبيب إلا أنهم اتفقوا على إلزام تقنين هذه العلاقة، بشكل معين أو بعقد معين تتوافر أركانه من إيجاب وقبول وشروط خاصة بهذا العقد.

ومن خلال رؤية أصحاب الرأي المؤيد لهذه العملية وإن اتفقوا على أن العلاقة بين الزوجين والمرأة صاحبة الرحم المستأجر ذات طبيعة عقدية إلا أنهم اختلفوا في طبيعة هذا العقد.

فالبعض يرى أنه عقد بيع وثان يرى أنه عقد مقاوله وثالث يرى شبهة بعقد عمل أو استصناع ورابع يرى شبهة بعقد رضاعة وخامس يرى أنه عقد إيجار وسادس يرى أنه عقد وديعة وسابع يرى أنه عقد هبة وأخيراً يرون أنه عقد من نوع خاص وتفصيلاً لذلك سنقوم بعمل مناظرة أو مقارنة بين طبيعة الاتفاق على عملية إستئجار الرحم وبين ما يناظرها من العقود من أجل الوصول إلى

(١) المسؤولية المدنية والجنائية إيهاب يسر، ص ٣١٢ وما بعدها. الهندسة الوراثية والأخلاق، ناهد حسن سليمان ص ١٥٩ وما بعدها.

إدراجها في أحد أنواع تلك العقود وذلك بتكييف تطابق الأحكام الخاصة بالعقد علي طبيعة مفهوم عملية الرحم المستأجر. فإن تعذر السبيل إلى ذلك فلا يسعنا حينئذ إلا تصنيفه في وصف له طبيعة خاصه تخضع إلى القواعد العامة لنظرية العقد.

وعلى غرار ذلك تظهر أهمية دور القانون ونذكر منه على سبيل المعرفة وليس الحصر العمل على توفير الحماية القانونية المطلوبة للمصلحة المرجوة من جراء استخدام تقنيات الإنجاب الصناعي في إطار المصلحة العامة للمجتمع مع مراعاة أن يتم هذا في حدود النظام والآداب العامه ولضمان ذلك لابد لنا من أن نفرق بين المصلحة العامة التي تعود على المجتمع والمصلحة الخاصة لدى كل فرد من أفراد العلاقة التي يثمر عنها المولود. وبالتالي يترتب عليه حقه في النسب الذي يعد من أهم وأخطر الحقوق المقررة له كما أنه يسبق كافة حقوق الأخرى المقررة له في الوجود. فهذا الحق يولد مع ميلاد الطفل ذاته ويقدر تقريره والاهتمام به بقدر ما ينعم الطفل بحياة مشرفة. وتحرص الدساتير حرصاً بالغاً علي تقرير هذا الحق وذلك بالنص علي حماية الأسرة والتشجيع علي تكوينها بالطرق الشرعية. ولا شك من ان أحتياج المجتمع إلي جيل صالح لا يقل خطراً عن أحتياجه لأي عنصر من عناصره اللازمة له. وهذا ما جاء في القرآن الكريم (يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام أن الله كان عليكم قيباً)^(١). من خلال هذه الآيات تدعوا الأديان السماوية الأزواج إلى إتباع أوامر له. وتحثهم على الرضا بقضاء الله، ومن هذا المنطلق ظهرت أهمية وجود خصوصية والسرية التي تحيط بهذه العلاقة والتي قد يثمر عنها وجود نسل مب إلى الزوجين من خلال العلاقة الجنسية بينهما بناء على قواعد ثبوت أنساب التي نقلت عن الفقه الإسلامي وقتنتها النظم الوضعية، وخلاصة القول أن النسب في فقه الشريعة الإسلامية لا يثبت ما لم يثبت سببه بالحجة لأن ثبوت الحكم ينبني علي ثبوت السبب.

(١) النساء آية ١.

وكانت العلاقة بين المشكلة وتقدم التقنيات والمستحدثات الطبية فى مجال الإنجاب علاقة طردية حيث ظهرت طرق جديدة للإنجاب الصناعى بتدخل الغير فبعد أن تناولنا عدم مشروعية هذه الوسائل فى بحثنا فقد بات لازماً التعرف عن نسب المولود المتخلق من تلك الوسائل المستحدثة وما يرتبه هذا النسب من حقوق وعن مدى كفاية القواعد الفقهية والقانونية التى كانت تستوعب طرق الإنجاب الاعتيادية ودراسة مدى إمكانية استيعابها للقوالب الجديدة للإنجاب الصناعى بتدخل الغير على قواعد ثبوت النسب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، ولن يحدث ذلك إلا من خلال توضيح شكل هذه العلاقة فى قالب الذى تتم من خلاله.

ونعرض لذلك من خلال بيان الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم، والمركز القانونى لكل من الأطراف من جهة والوليد من جهة أخرى وذلك عبر الفصول الثلاثة التالية إن شاء الله تعالى.

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم

الفصل الثانى: المركز القانونى للأطراف (حقوق والتزامات الأطراف)

الفصل الثالث: المركز القانونى للوليد (حقوق الوليد)

الفصل الاول

الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم

قنتت معظم الدول التي مارست على أرضها عمليات تأجير الأرحام وخاصة بعد تطور الفكر القانوني لدى هذه التشريعات المنظمة لمثل هذه العمليات مما أدى إلى اقتران انتشارها ببعض المشاكل القانونية المتولدة من الروابط القانونية بين أطراف العلاقة التي تستلزم علي الأقل مشاركة ثلاثة أطراف الرجل الذي يقدم المنى *geniteur* أو المرأة التي تقدم البويضة *genitrice* والحاملة *gestatrice* وهي المرأة التي تلقح صناعياً أو التي تستقبل البويضة الملقحة *ovule feconde* الطبيب أو المراكز الذي يقوم بعملية التلقيح الصناعي.

بين هؤلاء الأطراف تنشأ علاقات تعاقدية موضوع هذه العلاقات التعاقدية ليس بالضرورة مشروعاً إذا نظرنا إليه من خلال شروط المحل في العقد (م ١١٢٨ مدني فرنسي) وذلك لأن القضاء يسلم منذ وقت طويل بأن الجسم الإنساني خارج دائرة التعامل.

هذا وقد أوضح القانون الفرنسي أن هذه العلاقات التعاقدية التي تربط بين الزوجين العقيمين وبين الحامل *gestatrice* لها عدة صور:

عقود تربط بين تلك التي تحمل البويضة الملقحة سواء أكانت بويضة الزوجة ملقحة بماء الزوج - أو بويضة الزوجة ملقحة بماء الغير - أو بويضة امرأة أخرى - أو بويضة الحامل ملقحة بماء الزوج - وعقود تربط بينهما وبين الطبيب أو المركز الذي يمارس عملية التلقيح الصناعي.

ولقد بات واضحاً أن هذه المشاكل لم يكن للمشروع أن يحصرها أو يجسدها كلها عند سنة للقواعد القانونية لتلك النازلة المستحدثة التي لم يسبق لها مثيل الأمر الذي جعل من الصعب استيعاب هذه العلاقة في قالب عقدي محدد لما ترتبه هذه الممارسات من آثار لا تكون متوافقة مع أحكام نظرية العقد ومبادئ القانون مما يبطل به هذا الاتفاق من الأصل الأمر الذي ساقنا إلى السؤال التالي:

وإذاً كان الشكل يتم في صيغة عقد فما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد الذي افرزته تقنية الإخصاب الصناعي؟ وما هو موقعه بين تقسيمات العقود؟

هل هو من العقود المسماة Contrats nommes التى اختصها المشرع بقواعد خاصة؟ أم أنه من العقود الغير مسماة التى تخضع تحت طائلة القواعد العامة للعقود؟ أو هل هو من العقود الملزمة للجانبين Bilateral ، Synallagmatique التى يلتزم فيه كل من المتعاقدين تجاه الآخر علي وجه التبادل بمقتضى ما هو متفق عليه بينهما؟ ويكون كل متعاقد دائناً ومديناً في ذات الوقت مثل عقد المقاوله وعقد العمل وعقد الإيجار وعقد البيع ، أم أنه من العقود الملزمة لجانب واحد (Unilateral)؟ حيث يلتزم فيها طرف واحد أي متعاقد واحد فقط تجاه المتعاقد الآخر ويسمى الطرف الملتزم مديناً والطرف الآخر دائناً مثل عقد الوديعة بدون أجر أو عقد الهبة بدون تكليف حيث يلتزم الواهب بنقل الشئ الموهوب إلى الطرف الثاني الموهوب له ولا يلتزم هذا الشخص الأخير بشئ قبل الواهب.

فالمعيار أو الفيصل فى تكييف التعامل على الرحم إلى أي نوع من تقسيمات العقود هو أن العملية من المسائل المستحدثة الغير معتادة التى لم تبلغ درجة من التداول والاستقرار المطلوب الذى يسمح بدراستها ومن ثم وضع نصوص تشريعية لتنظيمها.

ولا غبار على المشرع فى وضعه لنص تشريعي خاص علي بعض العقود دون البعض الآخر فالمشرع لا ينظم بقواعد خاصة إلا العقود التى أظهرت التجارب فى شأنها قواعداً بلغت من الاستقرار والتداول درجة لا بأس بها، هذا وقد عمل المشرع علي الاخذ بالتقنيات والنوازل المستحدثة بوجه عام وذلك بوضعها فى نظام قانونى تحت طائفة العقود بهدف الاستفادة من الأحكام الخاصة التى تحكمها وبناء على ما سبق فالعقود التى لم تلق حظاً فى إدراجها تحت طائفة العقود المسماة هي عقود من نوع خاص تحكمه القواعد العامة فى نظرية العقد عموماً.

أما بالنسبة إلى تكييف العلاقة المتصورة بين الزوجين والطبيب فلا خلاف حول رسالة الأطباء السامية فى توليهم مهمة تخفيف الآلام عن المرضى فالمرضى دائماً متلهف لذرة أمل والتى لا يجدها إلا عند طبيبه، وشك من ان الأطباء هم الذين يحسنون مهنة أو عمل الطب^(١).

(١) مغني المحتاج ج ٣ ص ٦٠.

وفى ضوء ما تقدم فسوف نبحث عن الطبيعة القانونية للتعامل على
الرحم وذلك فى مبحثين متتاليين :-

المبحث الأول: طبيعة العلاقة بين المتعاملين على الرحم

المبحث الثانى: طبيعة العلاقة مع الطبيب

المبحث الأول

طبيعة العلاقة بين المتعاملين على الرحم

تمهيد:

لدراسة ماهية العقد المتصور والضابط فى العلاقة بين أطراف العلاقة،
سنقوم بعمل مناظرة بين الأحكام القانونية الخاصة بكل من عقد البيع وعقد العمل
وعقد المقاولة وعقد الارضاع وعقد الإيجار باعتبارها من العقود الملزمة للجانبين
موضحة الطبيعة التى تمليها كل منهما وبين طبيعة علاقة الرحم المستاجر للتوصل
إلى مدى إمكانية إدراج تلك العلاقة فى أى من العقود السابقة وذلك على النحو
التالى :-

**أولاً- هل يمكن أن نخلع على الاتفاق بين أطراف التعامل على الرحم لفظ تنازل أم لا بد من
إفراغه فى قالب عقدي^(١) ؟**

(١) مفهوم العقد عند الفقه القانوني
"هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهذا الأثر إما إنشاء التزام أو نقله أو
تعديله أو إنهائه" وعرفه بعض الفقهاء : بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة
قانونية ذات طابع مالي. د/ عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزامات ج ٢ ص ٢١
ويرى أستاذنا الدكتور رمضان الشربناصى أنه يؤخذ على هذا التعريف أن مطلق توافق
الإرادتين لا يسمى عقداً إلا إذا أحدث أثراً قانونية، كما أن سيادته يرى أن تعريف
الفقهاء قد يكون أحكم منطقاً وأدق تصوراً من التعريف القانوني، ويرجع السبب في
ذلك أنه لا يعتبر الانعقاد بين الإرادتين عقداً إلا إذا توافرت الشرائط المطلوبة شرعاً.
إن تعريف العقد عند الفقهاء قد امتاز ببيان تفصيلي للأجزاء التي يتركب منها في نظر
التشريع، وهى الإيجاب والقبول وذلك أن توافق الإرادتين لا يعرف وجوده؛ لأن
الإرادة أمر خفي لا يستدل عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام أو فعل أو إشارة، وذلك
تعريف مانع، أما تعريف العقد عند رجال القانون فقد أغفل هذا البيان وقال "توافق
إرادتين" رغم أنه قد تكون هناك إرداتان تتفقان على التعاقد ولا تتحرك أحدهما نحو
الآخر، فلا يكون عقداً كما في حالة الوعد ببيع ونحوه ولذلك كان تعريف غير مانع.
الزرقاء ج ٣ ص ٢٩٥.

حول هذه المسألة انقسم الفقه إلى رأيين الأول يرى أن عملية الرحم المستأجر لا تتم من خلال العقد ومن ثم يرون أن مجرد تفاهم أو تنازل بين

وتجدر الإشارة هنا إلى أن العقد في هذه الحال محل البحث ليست لها صفة ملزمة في مواجهة أي طرف. فالعقد تحيطه ضغوط أدبية وبواعث مالية ومخاطر واضطرابات عاطفية ونفسية وعدم استقرار أسري وخلافه مما يؤثر في الإرادة ومدى فاعليتها. وعلي ذلك فإذا تضمن العقد التزامات لمصلحة الطفل، مثل خضوع الأم المستأجرة للكشف الطبي الدوري أو الامتناع عن التدخين أو عن تعاطي المواد المخدرة أو الخمر أو ضرورة استخدام غذاء معين أو القيام بأعمال تقتضي مجهوداً بدنياً وخلافه، فلا يجوز تنفيذ ذلك بالقوة. المسؤولية المدنية والجنائية ايها يسر، ص ٣١٢ وما بعدها. الهندسة الوراثية والأخلاق، ناهد حسن سليمان ص ١٥٩ وما بعدها.

وقد يكون السبب في تسمية الاتفاق المبرم بين الأطراف أساسه ما تضمنه العقود التي تندرج من مصادر الالتزام. حيث تضم تلك العقود الالتزامات والحقوق التي تنطبق على الأطراف وقد ينشأ عن هذه الحقوق التزامات إحداها التزامات على الموفر والأخرى التزامات على المستأجر وعلى هذا الأساس سمي الاتفاق المبرم في عملية الإنجاب باستعارة رحم أخرى بعقد إيجار الرحم الذي هو موضوع هذا الكتاب.

وجدير بالذكر يستفاد من نص المادة ٨٩ "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد. وكذلك المادة ١٣٥ "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاد العقد. مرشد الحيران الشريعة الإسلامية م ٣٤٥ والمجلة ١٠٢ و ١٧٧ و ١٧٨ والبدائع ج ٥ ص ١٣٦ و ٢٥٠.

١. إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

٢. ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ٣. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

وكذلك المادة ١٧٩ :

١. إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر.

يجب يكون مفروضاً، تبعاً للظروف، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، أو بحيث يتبين، بوجه عام، أن رضائه لم يصدر عن اختيار كاف، فيجوز للقاضي، بناءً على طلب الطرف المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويسري هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً.

ويجوز في عقود المعاوضة، أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن.

أطراف العلاقة ودليلهم على ذلك أن مثل هذه العملية لا توصل وتعلو إلى مرتبة العقد بالمعنى القانوني له ، أما الفريق الآخر فإنه يرى أن العلاقة بين أطراف عملية تأجير الأرحام لابد من استيعابها في قالب عقدي ولكنهم اختلفوا حول الطبيعة أو التكييف القانوني لهذا العقد وسنعرض وجهة نظر كلا الاتجاهين.

- الاتجاه المعارض لوصف فكرة العقد^(١) بين أطراف علاقة عمليات استخدام الأرحام لصالح الغير^(٢).

يرى أصحاب هذا الرأي أنه لا يمكن تكييف الشكل القانوني بين أطراف العلاقة في عمليات تأجير الأرحام على أنه عقداً استند انصار هذا الفريق المعارض لوجود فكرة العقد في العلاقة ما بين الأبوين البيولوجيين وصاحبة الرحم المستأجر في أن الأمر لا يعدو كونه مجرد تنازل منها أو تفاهم علي إتفاق معين وأن هذا الوضع لا يرتب أية التزامات علي عاتق أي من طرفيه ففي بداية الأمر إذا كانت العلاقة بين طرفي العقد مجرد تفاهم علي الحقوق والالتزامات التي ستترتب علي كل من طرفي الإتفاق دون أن يوثقوا هذه البنود في ورقة مكتوبة فإن الإشكالية القانونية ستكون في ماهية الوصف

(١) العقد في اللغة له معان متعددة

أولاً : بالنسبة إلى الأمور المحسوسة أو الأمور المعنوية يفهم منها الإلزام والربط والشد والأحكام والتقوية والضمان مثال عقد الحبل وعقد اليمين وعقد القرآن وتأكيدا على ذلك قول الله تعالى : " لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان " سورة المائدة : الآية ٨٩ . وقوله تعالى " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله " . سورة البقرة : الآية ٢٣٥ .

ثانياً : إذا كان الكلام توثيقاً صادراً من طرف واحد ، اعتبر عقد لتوافر عنصر الإرادة وتنفيذ ما يلتزم به مثل قول عقد الإنية على فعل كذا أو عمل كذا .
ثالثاً : إذا كان القول متضمناً إيجاباً وقبولاً صادراً بين طرفين / لسان العرب ج ٢ ص ٢٩٦ - تاج العروس ج ٢ ص ٤٢٦ - القاموس المحيط ج ١ ص ٣١٥ - المصباح المنير ص ٥٧٥ .

مثل عقد الزواج أو عقد الإجارة وانطلاقاً مما سبق يتضح أن العقد عند علماء اللغة يكون ملزم من جانب واحد أو من جانبين . / الأستاذ الدكتور رمضان على السيد الشرنباوى - النظريات العامة في الفقه الإسلامي - ٢٠٠٦ ص ٢٥٢ .

(٢) j-r devichi , art , droit , p.494.nogo ct 61) precrev.tri.1) مشار إليه عند د. حبيبية سيف سالم المرجع السابق ص ٣٤٤ وما بعدها وهذا الرأي د.ممدوح خيرى هاشم المرجع السابق ص ٢٥٧

القانوني الذي سيحدد مصير المولود بعد ولادته وهل هذا العقد يسمى عقداً بدائياً غير ملزم أم هو اتفاق نهائي؟

ولذلك يري هذا الفريق أن صاحبة الرحم المستأجر - مع عدم وجود عقد يرتب إلتزامات علي عاتقها ولعل من أهم هذه الإلتزامات غرس نطفتهما داخل رحم الأم بالإيجار ثم تسليمه إلى أهله صاحباً البويضة الملحققة - تستطيع الاحتفاظ بالمولود ونسبته إليها كأم له من الناحية القانونية لأنه لا يمكن إدانتها إذا لم تقم بتسليم هذا المولود فضلاً عن أنه لا يمكن الحكم عليها بتعويض ما في مقابل عدم تسليمها للمولود^(١).

- الرد من وجهة نظر الباحثة على الفريق المعارض :

بعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية نرى أن عملية الرحم المستأجر لا يمكن أن نكيفها على أنها مجرد تنازل وذلك يرجع إلى الآثار التي تترتب على هذه العملية من تصرف الأم بالرحم الذي يؤدي إلى تنازلها عن وليدها إلى امرأة أخرى (الأم البيولوجية)؛ التنازل في القانون له صبغة مالية بينما في عقد إيجار الرحم الحق الذي تنازل عنه المرأة صاحبة الرحم هو حق غير مالي فإن كانت الأم هي صاحبة البويضة فلا يوجد تنازل وأن كانت الأم هي صاحبة الرحم فإن الحق حقها كأم حملت الطفل ولكن هذا التنازل يبقى غير مشروع لوجوب حق الطفل في تحديد نسب أمه الحقيقية. وأن قياس تنازل صاحبة الرحم المستأجر عن حقوقها أي عن وليدها علي التنازل عن الميراث مثلاً يعتبر قياساً مع الفارق. لأن الحقوق التي تنازل عنها المرأة الحامل وهي حقوق غير مالية فلا تصلح محلاً للتنازل فيعتبر تركاً أو هجراً للطفل وهذه جريمة يعاقب عليها القانون، وليس تنازلاً. ومن وجهة أخرى التنازل لا بد أن يتنازل عن حقوق خاصة به ولا يشاركه في ملكيته أحد، وفي هذا العقد الحقوق تخص الطفل وحده فلا يحق للأم أن تتنازل عن حقوق غيرها فهذا التنازل لا يراعي فيه مصالح الولد ويعتبر التنازل باطلاً.

(١) د. محمد المرسي زهرة المرجع السابق، ص ٢٦٥

بالإضافة إلى تنازلها عن حقوقها المتمثلة في المولود، فالمولود ينسب إلى من ولدته بمجرد الوضع ودون حاجة إلى أثبات فالتنازل في حد ذاته ليس باطلاً أو غير مشروع فالشخص حر في أن يتنازل عن تركته إلا أن (التنازل) يكون باطلاً بالنظر إلى محله وسبب التزامه والسبب في ذلك أن القانون يحرم التعامل على التركة المستقبلية كتحریم التعامل في تركة انسان على قيد الحياة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن الشخص المتنازل وإنه يتنازل عن حقوق تخصه هو وحده له الحق في استعمال هذه الحقوق أو التنازل عنها كيفما شاء أما الأم الحاملة صاحبة الرحم لا يحق لها أن تنازل عن الطفل فهي لا تتنازل عن حقوق تخصها وحدها بل تخص المولود نفسه وفصل الأم عن طفلها لا يمكن أن نسلم بأي حال من الأحوال بأن هذا سيحقق مصالح أحدهما (الطفل أو الأم)^(١) والدليل على ذلك أن القانون والشرع أعطى للطفل شخصية قانونية بمجرد أن يكون جنين في رحم أمه كما أعطى له الحق في أن يقيم دعوى قضائية على أي إعتداء يقع عليه حتى وهو في داخل أحشاء والدته مما يؤدي إلى عدم أحقية أن تتنازل والدته عنه للغير. إذا كانت الدول الغربية أحياناً تنشأ فيها علاقات بين الجنسين رغم عدم وجود عقد زواج بينهم ويكون المصدر والمنظم لهذه العلاقة العاطفة وليس العقد في الوقت نفسه تعطى المحكمة حق للمرأة بالرغم من عدم وجود العقد فمن الأدعى انكار فكرة العقد في العلاقة بين أطراف الرحم المستأجر.

بعد أن تبين لنا عدم إمكانية أن يكون شكل الاتفاق في صورة تنازل بين صاحبة الرحم المستأجر والأبوين البيولوجيين مما يستدعى منا هل يمكن تكييف الشكل القانوني بين أطراف العلاقة في صورة عقد لذا فإن المقام يقتضى أن نعرض رأى الفريق المؤيد لوضع الاتفاق في قالب عقدي ...
- الإتجاه المؤيد لوضع الاتفاق بين أطراف العلاقة في قالب عقدي^(٢)
 يرى أصحاب هذا الرأى الراجح^(٣) ونحن نؤيدهم :

(١) د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ص ٢٧٢ / وانظر د. محمود خيرى هاشم، المرجع السابق ص ٢٥٥

(٢) لمزيد من الايضاح راجع الملحق في نهاية الكتاب.

(٣) د. محمد المرسي زهرة المرجع السابق ص ٢٦٧ وأشار سيادته إلى :

يتم ذلك من خلال إبرام عقد بين الأطراف علاقة عملية الرحم المستأجر وهم في الغالب الرجل الذي يقدم المنى *geniteur* أو المرأة التي تقدم البويضة *genitrice* والحاملة *gestatrice* وهي المرأة التي تلقح صناعياً أو التي تستقبل البويضة الملقحة *ovule feconde* الطبيب أو المراكز الذي يقوم بعملية التلقيح الصناعي. ويعتبر الزوجان المستأجران هما الوالدان الشرعيان لهذا المولود فيقع عليهما عبء تحمل كافة النفقات التي يتطلبها رعاية المولود وذلك علي عكس الوضع في فرنسا والتي ما زال المشرع الفرنسي يري أن أطراف علاقة الرحم المستأجر وتحديد الأباوين البيولوجيين وصاحبة الرحم المستأجر لا يرتبطان بأي عقد فالأمر برمته لا يعدو أن يكون مجرد تفاهم فقط^(١) ولكن نحن لا نشاركهم الرأي نظراً لما ترتبه هذه العلاقة من تغيير في الآثار القانونية.

وانطلاقاً مما سبق سنعرض إحدى النماذج العقدية التي تتم بين أطراف العلاقة: **ثانيه النموذج العقدي الذي يتم الاتفاق عليه في عمليات استخدام الأرحام لصالح الغير:** يحتوي العقد الذي يتم التعاقد عليه بين الزوجين وبين الأم المستأجرة على خمس مواد، ويتم التوقيع على العقد لدى محام، أما المواد فهي تنص على:

المادة الأولى: أن تجري الأم صاحبة الرحم المستأجر الفحوصات الطبية اللازمة، وأن يتم كتابة إقرار توقع عليه مجموعة من الأطباء بانهم اجروا عليها البحوث الكافية، وأنها خالية من أية امراض يمكن أن تنقل للجنين.

المادة الثانية: أن توضع الأم المستأجرة تحت ملاحظة مستمرة وكاملة طوال فترة الحمل، وأن تبقى تحت تصرف الطبيب المعالج طوال الوقت.

C. Atias, le contrat de substitution de mere, D.S., 1985, Chrom, p. 67.
J-R. Devichi, la gestation pour le compte d'autrui, D.S., 1985, Chrom p147
P. Kayser, art prec, p.195.no. 15-14.
M.Harichaux, Le Corps object, prec, p.143.
M.Harichaux, L'assurance maternite et la maternite par substitution, prec, p.555.

(١) د. ممدوح خيرى هاشم، السابق، ص ٢٥٦ د. حبيبة سيف سالم، المرجع السابق ص ٣٤٥

المادة الثالثة: أن تكون الأم صاحبة الرحم المستأجر غير متزوجة ، وفي سن مناسب للإنجاب ، وأن تقر بعدم الزواج أثناء فترة الحمل ، حتى تنتهي من الحمل ، وتضع المولود^(١).

المادة الرابعة: أن تحتضن الأم المستأجرة البيضة طوال فترة الحمل ، وأن تراعي عدم القيام بأي مجهود يعرض سلامة هذا الحمل المستكن للخطر.

المادة الخامسة: تقر الأم صاحبة الرحم المستأجر بأن من ستضعه سيكون ابناً لكل من "...." و "....". وأنه ليس لها حق في المطالبة بأي شيء خاص به ، حيث تنقطع صلتها بالمولود منذ ولادته ، ولا ترتبط به بأية حقوق مادية أو معنوية ، وأنه ليس لها سوى "الجعل المادي" أو المبلغ الذي ستحصل عليه نتيجة تطوعها للقيام بالعملية.

بعد أن رأينا أن العلاقة التي تنشأ بين المرأة الحامل والزوجين يمكن أن تأخذ الصفة التعاقدية فما هو العقد المتصور والضابط لهذه العلاقة المتنوعة بين (الزوجين - الرحم المستأجر - الطبيب) هذا سيكون محل هذا الكتاب إن شاء الله تعالى.

المطلب الأول

التعامل على الرحم والبيع

بناء على خصائص عقد البيع^(٢) ويتطبيق هذه الأحكام على التعامل

(١) لقد قام بإعداد هذا العقد المحامي الدكتور عبد الله البلناجي ، لذلك نجد مثل هذا الشرط في العقد ، بينما في أماكن مختلفة وبالذات في أوروبا نجد أن الأم البديلة من الممكن أن تكون متزوجة ، وهذا ما أفتى به وأجازه بعض العلماء الذين أجازوا تأجير الأرحام مثل عبد المعطي البيومي.

انظر: قضايا فقهية معاصرة ، ص ٣٢ - ٣٣.

(٢) - عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين :

- وهو عقد معاوضة (Contrat & titre onereux)

- وعقد البيع من العقود البسيطة Contrat simple

- وعقد البيع من العقود المسماة Contrats nommes

- وعقد البيع من العقود الرضائية Contrat consensual

- عقد البيع من العقود المحددة Un contrat commutatif : ومع ذلك يمكن أن

يكون لعقد البيع طبيعة احتمالية Un caractere aleatoire.

د/ نبيل سعد ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والتشريعات العربية ، دار النهضة ، ١٩٩٥ ، ص ٦٦ وما بعدها.

على الرحم يتبين أن^(١) خاصية إلتزام البائع بنقل ملكية الشئ للمشتري ومن ثم لا بد من أن يكون هذا الإلتزام في مقابل ثمن نقدي منتفية في مثل هذا العقد كما أن صاحبة الرحم المستأجر تلتزم بنقل ملكية الطفل الذي سيولد مقابل إلتزام الأب البيولوجي بدفع المقابل - الثمن - وعلي صاحبة الرحم المستأجر أو البديل البائع أن تضمن عدم تعرض الغير للمشتري كزوجها مثلاً أو أي شخص آخر كما تضمن العيوب الخفية التي تظهر في المبيع وقى المقابل سيحق للاب البيولوجي المشتري طلب انقاص الثمن إذا كان هذا العيب غير جسيم وإلا فله الحق في الأمتناع عن استلام الطفل بهذه الحالة والمطالبة بفسخ العقد لأن عدم إمكانية إعادة الحال إلى ما كانت عليه لا يمنع الفسخ فإذا أدى البائع (صاحبة الرحم) التزاماتها فعلى المشتري أن يتسلم المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه. من ثم فعقد الرحم المتعامل عليه لا يتطابق مع عقد البيع وهذا لعدة أسباب:

بالرجوع إلى قاعدة أن الحر لا يدخل تحت السيد" بمعنى لا يباع ولا يشتري إذا:

- فالمحل في عقد البيع شئ له حق مالي بينما المحل في عقد الرحم البديل هو جسم المرأة ذاته وهذا خارج عن دائرة التعامل القانوني أساساً. بالإضافة لاحتوائه على الجنين حتى الميلاد واتفق الفقه على أن الجنين لا يعتبر حقاً مالياً ولا شيئاً ويخرج عن دائرة التعامل القانوني أساساً. بالإضافة إلى أن البويضة المخصبة إذا كانت من الزوجين فهي ملك لهما ، وبالتالي ليست ملكاً لصاحبة الرحم المستأجر ، فكيف تباع حينئذ مالا تملكه ، وكيف تضمن العيوب الخفية "العيوب أو الأمراض الوراثية" في الطفل "المبيع" لو ثبت أنها ناتجة عن أمراض وراثية في الأبوين البيولجين أو أحدهما^(٢).

(١) أما في الأشياء التي تصلح للبيع فقد نصت (لا ينعقد البيع على الأشياء التي لا يجوز التبائع فيها ولا الأشياء التي ليس لها قيمة يمكن تخمينها ولا التي لا يمكن تسليمها بسبب ماهيتها / قانون الموجبات والعقود مع التعديلات الأخيرة / المحامي مورييس نخلة / منشورات الحلبي الحقوقية / بيروت - لبنان / ١٩٩٩م / المادة ٣٨٢ م ع ل.

(٢) د / رضا عبد الحليم عبد المجيد - المرجع السابق ص ٥٢٨ وما بعدها -

- إذا فالمحل في كلا العقدین مختلف^(١).
- وأما بالنسبة لعنصر المعاوضة فمتوافر في عقد البيع إلا أنه من الصعب أن يطبق في التعامل على الأرحام لأن الأم الحامل في أغلب الأحيان تكون متطوعة بالحمل^(٢).

أن الاتفاق بين صاحبة الرحم البديل والزوجين يكون مخالفا للنظام العام للعقود مهما كان الوصف المعطى في الواقع لهذا التعاقد وأن الشخص العادي ولأول وهلة كما يري البعض^(٣) أن كيفية بانه عقد بيع للطفل فالهدف من العملية في الواقع أن يسمح بنقل الطفل من الأم الحامل إلى زوجين وهذا الوصف ممكن ولكن الشخص الإنساني لا يمكن في الواقع أن يكون سلعة تباع ولا محلا للالتزامات العقدية أو محلا للملكية فلا يمكن أن يشتري أو يباع أي كائن بشري فهذا الأمر مبالغ فيه عقلا^(٤).

ما هي طبيعة التزام صاحبة الرحم المستخدم؟ لصالح الغير وهل هو التزام بنتيجة - بل ونتيجة جيدة - أم بمجرد وسيلة إلى أن يتم التسليم؟

بالإضافة إلى أن هناك اختلاف في الآثار المترتبة على عقد البيع والآثار المترتبة على التعامل على الأرحام فأثر مثل التسليم يمكن تصوره في عقد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم المشتري الشئ المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد^(٥) أي أن الشئ المبيع في معظم الأحيان موجود بنفس حالته عند انعقاد عقد البيع وعند تسليمه وخاصة إذا كان التسليم لاحقا لإنعقاد عقد البيع وهذا أمر غير متصور في عقد الحمل المستأجر حيث قد يهلك الطفل قبل ولادته حيا

(١) النظام القانوني للانجاب الصناعي ص ٥٢٨ وما بعدها لرضا عبد الحليم عبد المجيد - نشر النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٦ م.

(٢) د. حبيبة سيف سالم المرجع السابق ص ٣٤٧ وتري سياستها أنه وأن كان الحمل الغير بعوض وليس تبرعا إلا أن أهم ركن في العقد هو المحل ويجب أن يكون المحل مشروعاً ومعيناً ومعيناً أو قابلاً للتعين وغير مخالف للنظام العام والآداب

(٣) د. ممدوح محمد خيرى هاشم المرجع السابق ص ٢٥٥

(٤) jean louis and catherine labrusse riou op.citp116

(٥) د. فيصل زكي عبد الواحد الوجيز في عقد البيع وفقاً للقانون المدني المصري عام ٢٠٠٥ م ص ١٤٢

وذلك كما لو أجهضت الأم الحامل فالتسليم مستحيل في حالة كهذه ولا يمكن عندئذ أعمال فكرة التعويض^(١).

ويرى البعض كما نرى نحن بانه إذا سلمنا عملاً بفكرة التسليم وتواجدها في عقد الحمل البديل علي نفس غراره في عقد البيع لوجدنا هناك اختلافاً آخر هام مفاده أن الشئ الذي يراد تسليمه بعد اكتمال نموه وهو "المولود" يختلف تماماً عن الحالة التي تسلمتها المرأة المتطوعة بالحمل منذ اللحظة الأولى وهو عبارة عن نطفة أمشاج لا تري بالعين المجردة هذا بالنسبة لأثر التسليم. هل صاحبة الرحم المستخدم ملزمة بحمل وميلاد طفل سليم؟

لو صنفنا هذه العلاقة بعقد بيع فعلى صاحبة الرحم المستخدم (البائع) أن تضمن عدم تعرض الغير للمشتري كزوجها مثلاً أو أي شخص آخر. كما تضمن صاحبة الرحم المستخدم لحمل الغير ضمان العيوب الخفية التي تظهر في المبيع كالتشوهات... الخ. وذلك طبقاً لنص المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري معنيان: "تخلف صفة كفل البائع للمشتري وجودها في الشئ المبيع، والافاة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع".

وبناء عليه يحق للاب البيولوجي (المشتري) طلب انقاص الثمن إذا كان هذا العيب غير جسيم وإلا فله الحق في الأمتناع عن استلام الطفل بهذه الحالة والمطالبة بفسخ العقد فإذا أدى البائع (صاحبة الرحم المستخدم) التزاماته هذه فعلى المشتري أن يتسلم المبيع ويدفع الثمن المتفق عليه.. الخ أما بالنسبة لأثر ضمان العيوب الخفية وذلك بأعتبار من أساس إلتزامات البائع في عقد البيع.

ومن ثم لا يصح القول بضمان العيوب الخفية مع عقد الحمل برحم مستخدم لأنه لا يمكن القول بضمان هذه الأم المستأجرة للعيوب الخفية التي سوف تظهر في الطفل حتى ولو كانت هذه العيوب ناتجة عن مرض وراثي في الأم الحامل بالإضافة إلى أن البيضة المخصبة إذا كانت من الزوجين فهي ملك لهما ،

(١) د. حبيبة سيف سالم المرجع السابق ص ٣٤٧ وتري سيادتها أنه وعلي الرغم من وجود بعض التشابة الظاهري بين عقدي البيع والحمل لحساب الغير إلا أنه لا يمكن أن يكيف عقد الحمل لحساب الغير بانه عقد بيع لاستحالة المحل والسبب وفي ذات المعني راجع: د. سعيد سعد عبد السلام المرجع السابق ص ١٠٦.

وبالتالي ليست فلكا لصاحبة الرحم المستخدم ، فكيف تباع حينئذ مالا تملكه ، وكيف تضمن العيوب الخفية "العيوب أو الأمراض الوراثية" في الطفل "المبيع" لو ثبت أنها ناتجة عن امراض وراثية في الأبوين البيولوجيين أو أحدهما^(١).

لذلك نرى أنه لا يمكن التسليم لبعض الآراء التي ترى بأن الأم بالرحم مجرد حضانة صناعية أو وعاء لاحتواء الجنين لأن هناك تعارض بين وجوب الضمان على الأم بالرحم الذي ينحصر دورها في أنها وعاء فكيف تتحمل ضمان العيوب الخفية للأبوين وهي مجرد وعاء يحتوى على^(٢) نطفهم إذا لا يمكن القول بلزومها بوجوب ضمان العيوب الخفية للأبوين إلا في حالة واحدة وهي لو تبرعت أو باعت الأم بالرحم ببييضتها بجانب رحمها عندئذ يمكن القول بوجوب الضمان عليها عند ظهور عيب في الجنين من خلال تعاطيها لعقار أو لادمانها للخمور أو لمحاولة تعرضها للانتحار..... وأخيرا احتمالية قبول شكل العلاقة على أنها عقد بيع منعقدة لأن سبب العقد هو مساعدة الغير للزوجين في صنع الجنين من المواد الخام التي قدموها إليه من منتجاتهم الجسدية وليس شراء الجنين بموجب عقد بيع لأنه لا ينفع أن يشتري المالك الشيء المملوك له ولو كان غير ذلك لاستطاع الزوجان شراء أي طفل دون اللجوء إلى مثل هذه العملية.

ونستنتج مما سبق أن هناك اختلاف بين أركان عقد البيع واثاره على عقد الرحم المستأجر وخاصة تطبيق المواد المتعلقة بضمان العيوب الخفية *les vices caches* (م ١٦٤١ مدني فرنسي).

وهذا ما دعانا إلى التساؤل من قبل عن مدى جواز أن يرد عقد التبرع بدلا من البيع بين صاحبة الرحم المتعامل عليه والزوجين بمعنى هل تصح هذه العملية لو تمت بدون مقابل مادي؟ أي بالتبرع بالحمل لحساب الغير. في الواقع ومع غياب التنظيم التشريعي فإنه يكون من الضروري اللجوء إلى القواعد العامة والتي تشير بأحد حلين لا ثالث لهما:

(١) د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد - المرجع السابق ص ٥٢٨ وما بعدها -
(٢) النظام القانوني للأجناب الصناعي ص ٥٢٨ وما بعدها لرضا عبد الحليم عبد المجيد -
نشر النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٦ م.

١. إذا اعتبرت النطف الجنسية جزء من الشخص^(١) element de la perssonne ومن ثم فهو يتبع النظام القانوني لهذا الشخص فيصبح "كالبلسمين" الذي لا يمس nali ne tongere (وهو نبات يثر بذوره عند أي لمسة له). ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك أي إتفاق بين أطراف العملية علي شئ من هذا القبيل. فالشخصية الإنسانية خارج دائرة التعامل hors de commerce juridique منذ زمن بعيد^(٢).

٢- أو إذا اعتبرت النطف البشرية محلاً لحق بذلك يمكن أن تكون محلاً للملكية وإذا كانت كذلك فمبدأً يمنع أن تكون محلاً للإتفاقات القانونية. إن الاختيار بين هذه الوجهة من النظر أو تلك تقتضي تحديد المقصود بالشخص في القانون المدني. أن الشخص يتميز بالحقوق التي يعد هو صاحبها. فيقال الشخص صاحب الحق sujet de droits.

والحقوق التي تثبت للشخص يمكن أن يكون لها قيمة اقتصادية في مجال الحقوق المالية العينية منها والشخصية وهي حقوق تكتسب وتنتقل من الشخص إلى غيره بكافة وسائل نقل الحقوق. كما أن له حقوق غير مالية لا تمثل لصاحبها أي عنصر من عناصر الثروة المادية فلا تباع ولا تشتري ولا تنتقل لأحال الحياة ولا بعد الموت^(٣) ولا تقوم بمال^(٤).

ومن هذه الحقوق ما يتعلق بالعناصر المكونة للشخصية الإنسانية سواء في جانبها المادي Droits sur les elements physiques de la personne humaine كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم أو في جانبها المعنوي Droit sur les elements morax de la persomme كالحق في الشرف والعرض

(١) (وهو تعبير الأستاذ كاربونييه في تعليقه علي حكم محكمة ليل في ١٨ مارس ١٩٤٧).
(٢) le corps humaine dans la commerce juridique D. 1932 chr Josserond P.1,

(٣) عدا امكانية انتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إذا طالب به المورث قضاء أو اتفق بشأنه.

(٤) أن كان الإعتداء عليها يستلزم التعويض انظر في حقوق الشخصية وخصائصها والفرق بينهما بين الحقوق المالية كتابنا "المدخل لدراسة القانون" نظرية الحق ١٠/١٩٩١ ص ٤٠ وما بعدها.

وحفظ الأسرار. ومنها ما يتعلق بتمييز الشخصية الإنسانية كالحق في الاسم والصورة والهيئة.

ومن ثم لا يمكن أن يكون هناك أي إتفاق بين أطراف عملية الرحم البديل علي شئ من هذا القبيل. فالشخصية الإنسانية خارج دائرة التعامل hors de commerce juridique^(١).

مما يستدعي القول بأنه لا يمكن تطبيق أحكام عقد البيع علي علاقة الرحم المستأجر بين الزوجين والحامل. مما يستدعي منا البحث في عقد آخر.

المطلب الثاني

التعامل على الرحم والمقاولة

عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المصري المقاولة بأنها "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين^(٢) أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

كما تقرر المواد ١/٦٤٩ ، ١/٦٥٠ من التقنين المدني المصري بعض واجبات وحقوق صاحب العمل والمقاول فتنص المادة ١/٦٤٩ علي واجب المقاول في الالتزام بالحرص علي المادة التي قدمها له صاحب العمل وأن يراعي في استعمالها الأصول الفنية المتبعة في شأنها فإذا تحولت تلك المادة إلى شئ غير صالح للاستخدام وثبت أن ذلك بإهمال أو تقصير المقاول إلترزم بررد قيمة هذا الشئ لرب العمل.

وتقرر المادة ١/٦٥٠ لصاحب العمل حق فسخ العقد وتكليف مقاول آخر بإنجازه حيث يثبت له قيام المقاول بالعمل المكلف به علي وجه مناف للعقد. من خلال نص المادة سالفة الذكر يتبين أن عقد المقاولة يعتمد علي قيام المقاول بصنع شئ أو أداء عمل لحساب صاحب العمل وبالتسليم في الميعاد المتفق عليه بالإضافة إلى إلترزام المقاول بضمان العيوب التي تعترى العمل الذي يقوم به.

(١) le corps humaine dans la commerce juridique D. 1932 ,Josserond
.chr P.1

(٢) انظر نص المادة ٨٧٢ من قانون المعاملات المدنية الإماراتية.

وفى المقابل يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر المتفق عليه المفاوضة ، ذهب البعض^(١) إلى قياس العقد بين الزوجين وصاحبة الرحم المتعامل عليه على عقد المفاوضة ولعدم الأطلاة نكتفي بسرد تلك المواد السابق ذكرها لكونها تخدم الموضوع المتعلق بأحكام عقد المفاوضة فى القانون المدينى^(٢) كى تبين لنا أوجه المقارنة بين العلاقة العقدية لعملية الرحم المستأجر وعقد المفاوضة يتعهد بعمل أو صنع شئ ويلتزم بالمحافظة على الخانات المسلمة إليه وإلا التزم برد قيمتها كما يحق ، للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد حينما يثبت إهمال المفاوضة ويكون له حينئذ الحق فى تكليف المفاوضة آخر لإتمام العملية.

وكذلك المرأة صاحبة الرحم المستخدم أو البديل " المفاوضة " لا يكفى أن تلتزم بتنفيذ العمل المسند إليها وهو حمل الجنين فحسب ، بل يتضمن هذا الإتفاق ضمان العيوب الخفية فى العمل الموكول إليها بالقيام به وذلك بعد تسليمه ، كان يكون الطفل مصابا بتشوهات راجعة إلى تقصيرها فى العمل الموكول إليها من خلال تعاطيها لأى دواء أو خمور تؤثر على صحة الجنين ، وفى المقابل يلتزم صاحب العمل (صاحب النطفة المنوية) بتسلم الطفل بعد ولادته بناء على الإتفاق المبرم بينهم وأن يقوم بسداد المقابل أو الأجر المادى المتفق عليه بعد اتمام العملية.

وعلى الوجه الآخر نجد أن صاحبة الرحم المستخدم لا تقوم أثناء الحمل بتصنيع شئ كما أنها لا تستطيع رد قيمة الجنين فى أى مرحلة من مراحل تطوره فى أحشائها وبالتالي لا يستطيع الزوجان فسخ العقد بعد غرز نطفة الأمشاج فى رحمها وتكليف امرأة أخرى بمهمة شتل الجنين.

برغم من قلة أوجه المقارنة بين العقدين إلا أنه لا تزال توجد فروق جوهرية بينهما تمنع من تطبيق أحكام عقد المفاوضة على أحكام علاقة عملية الرحم المستأجر وإن صح التعبير "المستخدم" ، لذا فإن أحكام عقد المفاوضة وطبيعته لا تنطبق على العلاقة بين الزوجين وصاحب الرحم المستأجر وإن صح التعبير "المستخدم" ، مما يستدعى البحث عن عقد آخر ينطبق معه فى أحكامه.

(١) د/ رضا عبد الحليم. المراجع السابق ص ٥٣٧ وما بعدها

(٢) انظر فى أحكام المفاوضة عموما: د/ محمد لبيب شنب، عقد المفاوضة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١١٢.

المطلب الثالث

التعامل على الرحم والعمل والمساواة في الشريعة الإسلامية

ان المساواة في تعريفها^(١) تشبه أحكام المادة أحكام المادة ٣١ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ في أن كليهما يعمل لدى صاحب العمل وتحت إدارته وإشرافه لقاء أجر أياً كان نوعه " سواء أن كان الأجر مالا أو جزءا من الغلة أي كان على حسب الإتفاق المبرم والمتراضى به الطرفين ويتضح من ذلك أن عقد العمل وعقد المساواة في الشريعة الإسلامية يتشابهان في الأجر ولكن هل يتشابه معهم عقد الحمل المستأجر في الأجر، أي أنه هل صاحبة الرحم المستأجر وإن صح التعبير "المستخدم " باعتبارها القائمة برعاية الجنين والقائمة بدور العامل بالمساقي سيكون أجره مالا بالإضافة إلى اشتراكها في ملكية الجنين بموجب سقيانها له طوال فترة الحمل بمعنى آخر إذا كان في عقد المساواة يأخذ المساقي جزءا من الغلة التي زرعها بموجب سقيه ورعايته لها، من الماء فبا بالك المرأة المستأجرة التي تسقى الجنين من جسدها ودمها فنستنتج مما سبق أن العقدين عقد المساواة وعقد الرحم المستأجر متفقان في عنصر الرضائية بالإضافة إلى أن ورود كل منهما علي الجهد الانساني إلا انهما يختلفان في مشروعية محل العقد فالأول يرد على الأرض الزراعية فهو محل مشروع أما الثاني فيرد على عضو آدمي وهو الرحم.

أوجه التشابه بين عقد الرحم الذي يتم التعامل عليه وعقد العمل:

- ١- يتفق العقدان في أن كلا منهما يقوم بمجرد التراضي فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدین أيا كانت طريقة التعبير عنها ومن ثم لا يشترط لإنعقاد كليهما شكل معين.

(١) المساواة هي مفاعلة من السقي وهذه المفاعلة علي غير بابها وسميت بهذه التسمية لأن شجر أهل الحجاز أكثر حاجة إلى السقي لأنها تسقي من الأبار فسميت بهذه التسمية. وهي في الشرع دفع الشجر لمن يقوم بسقيه ويتعهد حتى يبلغ تمام نضجه نظير جزء معلوم من ثمره. فهي شركة زراعية علي استثمار الشجر يكون فيها الشجر من جانب والعمل في الشجر من جانب والثمرة الحاصلة مشتركة بينهما بنسبة يتفق عليها المتعاقدان كالنصف والثلث ونحو ذلك. ويسمى العامل بالمساقي، والطرف الآخر برب الشجر. ويطلق علي كل ما غرس لبق في الأرض سنة فأكثر من كل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة سواء أكان مثمرا أم غير مثمر. وتكون المساواة علي غير المثمر نظير ما يأخذه المساقي من السعف والخطب ونحوها.

٢- كما أنها من العقود الملزمة للجانبين لكون كل منهما ينشئ حين إبرامه التزامات متقابلة في ذمة كل من عاقيه^(١).

٣- يشترك العقدان في عنصر التأقيت أي ذلك العقد الذي يشكل فيه الزمن عنصراً جوهرياً في التنفيذ^(٢). فالعامل في عقد العمل يلتزم بالعمل لمصلحة رب العمل مدة معينة الأمر الذي يجعل من الزمن عنصراً أصيلاً في هذا العقد وليس مجرد عنصر عرضي. وأيضاً فإن صاحبة الرحم المستأجر تلتزم بتكملة رحلة الحمل المدة الطبيعية له والزمن هنا كذلك عنصر جوهري لتنفيذ عقد الرحم المستأجر.

أوجه الاختلاف بين عقد الرحم الذي يتم التعامل عليه وعقد العمل:

أولاً: يظهر وجه الاختلاف هنا في عدم إمكانية استيعاب عنصر التبعية القانونية^(٣) في عقد العمل والذي يقصد به أن يؤدي العامل العمل تحت إدارة وإشراف صاحب العمل. على عقد إيجار الأرحام وإن صح التعبير "المستخدم"، لأن ذلك يقتضي أن تسخر صاحبة الرحم المستأجر كل أوقاتها وعلى مدار فترة الحمل تحت حساب الأبوين البيولوجيين وذلك لوضعها تحت الرقابة والإشراف، لخضوعها للفحوصات الطبية المختلفة ومع فرض تحملها ذلك في بداية فترة الحمل نظراً لاعتبار ذلك، إلزام يقع على عاتقها ناتج عن عقد تأجير رحمها

(١) د. محسن عبد الحميد البيه، المصادر الأردية، المرجع السابق، ص ٣٤.

(٢) د. محسن عبد الحميد، المصادر الأردية، المرجع السابق، ص ٤٢، ٤٣.

(٣) د. حسن كيرة أصول قانون العمل فقرة ٧٢، د. محمد ليب شنب، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٣١١.

ولقد سار القضاء المصري على اعتبار أن المقصود بالتبعية في هذا المصنى هو التبعية القانونية وهذا هو ما ذهبت إليه هيئة تحكيم القاهرة في النزاع رقم ٣٨ لسنة ٥٧ في المدونة العمالية للفكها في الجزء الأول ولقد جاء في هذا الحكم أن اعتبار العقد عقد عمل يعتمد على أمرين أولهما تبعية العامل لرب العمل وثانيهما حصوله على أجر لقاء عمله. - - - والمقصود بالتبعية هو التبعية القانونية التي تقوم على أساس تادية العمل لحساب رب العمل وإتثمار العامل بأوامر رب العمل وخضوعه لإشرافه وتعرضه للجزاءات إذا ما قصر في عمله أو أخطأ، وانظر كذلك القاعدة رقم ٥٠ في نفس المدونة الجزء الأول، مشار إليه في الوسيط في شرح أحكام قانون العمل الجديد د. محمد على عمران، ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥، دار نصر للطباعة والنشر، ص ٥٨ وما بعدها.

وإن صح التعبير "الرحم المستخدم" ، ولكن لا يعقل أن تطبق هى المراقبة والتقييد طيلة فترة الحمل.

وبالتالى فعنصر التبعية بمفهومه سالف الذكر إليه، كان متوفراً فى عقد العمل وخاصة أن مدة العمل التى حددها القانون سالف الإشارة إليه تكون من ست إلى ثمان ساعات يومياً - حسب الفئة التى ينطبق عليها فهو (أى عنصر التبعية) غير متصور مطلقاً فى عقد تأجير وإن صح التعبير "الرحم المستخدم" ، لأن ذلك يقتضى أن تكون السيدة الحامل مراقبة لمدة أربع وعشرون ساعة يومياً ، وهذا أمر لا يتحمله الإنسان إلا إذا غاب الإدراك عنه.

ثانياً: الأصل فى عقود التعامل على الأرحام أن يكون بلا مقابل أى تبرع وهذا على عكس عقد العمل الاصل فيه الأجر الذى يعتبر من العناصر الأساسية فيه -والذى يعرف بانه كل ما يتقاضاه العامل من صاحب العمل لقاء عمله لدى هذا الأخير ثابتاً كان أم متغيراً نقداً كان أم عيناً.

فإن كان متصوراً كعنصر رئيس فى عقد العمل ، إلا أنه غير متصور فى عقد تأجير الأرحام ، لأنه الاصل أن يكون تطوعاً ، الأمر الذى لا يتصور فى علاقات العمل. بالإضافة إلى أن الهدف من الأجر تحقق وانجاز العمل^(١) المطلوب من العامل القيام به ، ورؤية صاحب العمل لهذا الانجاز فتلك مسألة خارجية يستطيع صاحب العمل التيقن من حدوثها ، إلا أن ذلك غير متصور فى عقد تأجير الأرحام حيث الغاية من هذا العقد هو تكوين الجنين من لحظة الإخصاب الصناعى وحتى الوضع وهذا كله أمر داخلى لا يعلم فى أى مرحلة يكون عليها الجنين فى الرحم المستخدم ، وبالتالي لا يستطيع الزوجان مراقبة التحول لهذا الجنين إلا إذا كانا متخصصين من أهل الطب.

(١) فى عقد العمل يتم الإتفاق مثلاً بين العامل وصاحب العمل على قيام الأول بانتاج عدد معين من وحدات السلعة فى اليوم الواحد ، وبالتالي يتم تقدير أجره بالنسبة لهذا العدد من الوحدات ، فإذا زاد العامل على هذا العدد إستلزم ذلك إعطائه أجراً إضافياً أو مكافأة من قبل صاحب العمل ، أما إذا قل عدد الوحدات المنتجة من السلعة عن عدد الوحدات المتفق عليها فلا يستحق العامل فى هذه الحالة الأجر المتفق عليه ، بل سيعطى أجراً أقل ، كل هذه الأمور لم يتم الإتفاق على خلافها بين العامل وصاحب العمل فى عقد العمل

ثالثاً : عقد العمل من عقود المعاوضات الذي يؤدي فيه العامل ما كلف به مقابل أجر محدد أما عقد الرحم المستأجر قد يكون معاوضة وقد يكون تبرعاً من جانب صاحبة الرحم المستخدم.

رابعاً : عقد العمل من عقود المدة التي تتميز في قياس العقود عليه بالزمن وأن الإلتزامات الناشئة عنه تربطها علاقة طردية أما في عقد الرحم المستأجر فإن الزمن لا يلعب دوراً في تحديد مقدار الإلتزامات الناشئة عنه بل أنها تترتب في ذمة طرفيها بمجرد إبرام العقد بينهما.

خامساً : يمكن للعامل أو لرب العمل إنهاء عقد العمل قبل انتهاء مدته بشروط حددها القانون إلا أن عقد الرحم المستأجر لا تقبل طبيعته فكرة انتهائه قبل انتهاء حالة الحمل وحصول الوضع. وهذا يرجع إلى انفراده بطبيعة المحل.

سادساً : وأخيراً المحل في عقد العمل مشروع بخلاف المحل في عقد الرحم المستأجر غير مشروع.

الجزاءات القانونية المترتبة على مخالفة صاحبة الرحم الذي يتم التعامل عليه للعمل المكلف به :

هل يمكن تطبيق الجزاءات القانونية التي تترتب على مخالفة العامل للعمل المكلف به^(١) : وهو العمل لصالح الغير؟

مما لا شك فيه سوف يؤدي بنا هذا النوع من العمليات لو تم تكييفها على عقد العمل كثيراً من الدعاوى المتعلقة إما بعدم تنفيذه من جانب الطرفين وأما بسبب الأضرار التي قد تحدثها صاحبة الرحم المستأجر تجاه الجنين الذي هو أساس الموضوع أثناء تنفيذها للعقد فالدعوى التي تملكها تجاه (الأبوين البيولوجيين) الطرف الآخر الذي قصر في تنفيذ التزاماته كان تقاعس عن دفع الأجرة أو أهمل في العلاج الطبي لها والي غير ذلك من أوجه القصور التي يمكن أن تسند إليهم هي دعوى عقدية تخضع لأحكام العقد المبرم بالإضافة إلى القواعد الأخرى التي وضعها المشرع في قانون العمل وبخاصة فيما يتعلق بعقد العمل

(١) يراجع الأستاذ الدكتور / عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات ظ أحكام الالتزام دار النهضة العربية سنة ١٩٨٦م، ص ٢١١ / الأستاذ الدكتور / محمد لبيب شنب - المرجع السابق - ص ٢١٣.

الفردى الذى نظمه قانون العمل الموحى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ فى الباب الثانى منه^(١).

وعلى الصعبد الآخر إذا تقاعست فى أحد التزاماتها فإنها قد تتعرض لنوعين من الجزاء الأول الجزاء الأدى والجزاء المبنى ويتمثل فى قدرة الأبوين البيولوجيين على فسخ العقد المبرم بينهم وبين صاحبة الرحم المستأجر التى أخلت بالتزاماتها وقد يتمثل كذلك فى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى سببتها بإخلالها بالالتزام القانونى.

وهو حل نادراً ما يحدث فى الحياة العملية نظراً لعدم يسار صاحبة الرحم المستأجر الذى أذى إلى لجوئها إلى مثل هذه العملية. هذا بالإضافة إلى وقوع المسئولية المدنية لها تجاه الأبوين البيولوجيين التى تتمثل فى الدعوى التى يرفعها الأخير على الأم بالرحم لمطالبتها بالتعويض.

هل تسقط الأجرة بهلاك العين أو بإخلال صاحبة الرحم فى عقد العمل؟ أى أنه إذا هلك الجنين أثناء الحمل هل يتحمل الأبوين البيولوجيين أجرة علاج صاحبة الرحم حتى تتعافى من جراء ما خلفه الحمل لها، أم بهلاك الجنين يفسخ العقد ولا اعتبار لأى مقابل ماضى

يستفاد من رؤية مذهب الشافعية والحنابلة حيث يرون أنه إذا عمل الأجير فى ملك المستأجر أو بمحضرتة استحق الأجرة لأنه تحت يده فكلما عمل شيئاً صار مسلماً له. وأن كان العمل فى يد الأجير لم يستحق الأجرة بهلاك الشئ فى يده لأنه لم يسلم العمل نرى أنه يرجع إلى الإتفاق المبرم بينهم إذا نص على علاجها على نفقتهم فى حالة حدوث ذلك عندئذ تطبق شروط العقد هذا على افتراض تم التسليم خضوع عقد إيجار الرحم إلى عقد العمل.

(١) الجريدة الرسمية العدد ١٤ مكرر فى ٧ أبريل ٢٠٠٣
أنواع الجزاء التأديبى: الجزاء التأديبى للعامل يجعل معنى العقوبة والردع للعامل ومن ثم فهو يرتبط دائماً بمقدار جسامة المخالفة الواقعة من العامل. وقد ورد بالمادة ٦٠ من قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ أنواع الجزاءات التأديبية التى يجوز توقيعها على العامل وهى: الانذار - الخصم من الأجر - الوقف عن العمل - الحرمان من العلاوة السنوية أو جزء منها - الانذار الكتابى بالفصل - الفصل من الخدمة مع حفظ الحق فى المكافأة.

من جميع ما سبق يتضح عدم توافق طبيعة عقود التعامل على الأرحام مع عقد العمل وذلك لامكانية تخلف العناصر الرئيسية في عقد العمل (كالتبعية والأجر...).

المطلب الرابع

التعامل على الرحم وعقد الرضاع

مفهوم عقد الارضاع:

جاء في مرشد الخيران -من المادة رقم ٦١٠ إلى المادة ٦١٥ والتي تنص على أن عقد الأرضاع هو عقد تتعهد بمقتضاه امرأة بإرضاع غير ولدها بأجر أو بدونه لمدة معلومة

وذكر بمعنى آخر أن عقد الرضاع هو مص الصبي ثدي الأدمية في سن الرضاع وابتلاع لبنها^(١). يري البعض^(٢).

من خلال التعريف السابق أن هناك أوجه شبه بين عقد الأرحام وعقد الأرضاع لذلك^(٣) لذلك نرى أن الرحم والثدي يشتركان في أن دور كل منهما وظيفي وهما يكملان بعضهما البعض في نمو الطفل مع الأخذ في الاعتبار بأن ليس لأي منهما دور في عملية التخليق واكتساب المورثات^(٤). أي أنه لو تأكدنا أن المولود لا يأخذ أي مورثات من الأم بالرحم سوى الدم فهل يثبت المحرومية بينهم كالرضاعة وما ترتبه من آثار....

وكما أن الأرضاع هو تغذية الطفل دون اكتسابه أي من الصفات الوراثية للرضعة، لأنه يكتسب صفاته الوراثية من الخلية المكونة من الحيوان المنوي والبويضة.

(١) التعريفات للجرجاني -باب الرأء فصل الضاد - ومعجم لغة الفقهاء - ص ٢٢٣
(٢) د/ علي حسين نجيدة التلقيح الصناعي ص ٢٨ الإنجاب في ضوء الإسلام ٤٨١ د/ عبد الحميد عثمان المرجع السابق ص ٨١ د/ عبد السلام السكري المرجع السابق ص ٢٢٤
(٣) التلقيح الأصبطناعي بين الحل والحرمة ص ٢٢٤ للدكتور عبد السلام عبد الرحيم السكري، مطبعة حمادة الحديثة، ١٩٩٥ م.
(٤) د/ علي حسين نجيدة التلقيح الصناعي ص ٢٨ الإنجاب في ضوء الإسلام ٤٨١ د/ عبد الحميد عثمان المرجع السابق ص ٨١ د/ عبد السلام السكري المرجع السابق ص ٢٢٤

فكذلك يقتصر دور صاحبة الرحم المستأجر علي تغذيته فقط دون إكسابه أيا من الصفات الوراثية لها طبقا لرأى أهل التخصص ، وبالتالي فإنها تكون في حكم الأم المرضع للمولود لأنه اكتسب من جسمها وعضويتها أكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته في نصاب الرضاع الذي يحرم به ما يحرم من النسب. وبما أن الرحم موضع الجنين ومصدر غذائه وبالتالي هو محل العقد فى عمليات استعارة الأرحام ، المرأة صاحبة الرحم المستأجر تقوم بتغذية البويضة الملقحة ونضجها وتقسيمها قبل المشيمة عبر الهرمونات وخاصة H.C.G. كما أنها تلعب دوراً مهماً في تحضير المناخ للكر وموزومات الوراثية الموجودة في البويضة الملقحة. وقد تتسبب فى تنقل المرض والجراثيم إلى الجنين عبر الدم والغذاء.

وأما الثدي فيعطي الطفل الغذاء والحنان ، وهو كذلك محل العقد فى عقد الرضاعة مما قد يسمح بالتقارب فيما بينهما ويعطي امكانية قياس الأول علي الثاني بجامع الحنان وتغذية ولد الغير في كل ، حيث أن الأم الرضاعية تحنو علي غير ولدها وتجعل له من ثديها غذاء ، ومن حجرها حواء ، ومن عطفها وفاء والأم المستأجرة تحنو علي جنين غيرها وتجعل من رحمها له وعاء ومن دمها غذاء... وسوف نسرد أوجه التشابه بين عقد إيجار الرحم وعقد الرضاع لنرى مدى امكانية تطابق كلا منهما على الآخر

- التشابه بين عقد الرحم البديل لله وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم لله

وعقد الرضاع

١- عقد استخدام الرحم وعقد الرضاع من العقود الرضائية : فعقد الرضاع ليس عقد شكلي لأنه ينعقد بمجرد تلاقى إرادة طرفية دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات شكلية أخرى

٢- عقد إيجار الرحم " وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم " وعقد الرضاع من العقود التي يقتضى تنفيذها فترة معينة من الزمن وذلك فهو يوصف بالعقد الزمني. حيث أن التزامات كل طرف لا تنتهي بمجرد البدء في تنفيذه ، بل تستدعى العقود الزمنية ومنها عقد الرضاع قيام أطرافها بالعمل المتفق عليه أكثر من مرة.

٣- عقد إيجار الرحم " وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم " وعقد الرضاع في الغالب هو عقد معاوضة حيث يعطي فيه كل طرف (أسرة الطفل والمرضعة) مقابل لما يأخذ من الطرف الآخر. وهذا لا يمنع أن يكون عقد الرضاع تبرعاً ، لكن في هذه الحالة الأخيرة لا يتصور عملاً التبرع إلا من جهة المرضعة فقط وليس من جانب أسرة الطفل المرضع. في أغلب الأحوال لا توجد علاقة بين طرفي عقد الرضاع وعقد إيجار الرحم أسرة الطفل - المرأة المرضعة.

٤- عقد إيجار الرحم " وان صح التعبير عقد الرحم المستخدم " وعقد الرضاع من العقود الواردة على منفعة مادية وأخرى معنوية^(١). حيث تتمثل المنفعة المادية في قيام الطفل بالتغذي باللبن الذي تقدمه المرضعة له من ثدييها وتتمثل المنفعة المعنوية في الحنان والعطف اللائي تعطيهما المرضعة للطفل.

وهناك حكمة إلهية وهى العلة فى تحريم الله للزواج من الإخوة بالرضاعة لو تمعنا النظر فيها لوجدنا أن هناك سبب طبي على حد علمنا يربط بين الأم بالرضاعة والطفل الرضيع فهناك سر إلهى بهذا الشأن القرآن الكريم والعلم يجمعوا على أن عظام الطفل يبنى من لبن ثدي المرضعة وكان لكتاب الله الكريم السبق فى تلك المعرفة فإذا كانت تلك حكمة الله من والدية الابن بالرضاعة فما بالك الابن بالرحم الذى يبنى لحمه وعظامه من دم أمه بالرحم.

وبناء على ما سبق تتضح مدى التقارب والتشابة بين عقدي التعامل على الأرحام والرضاع ، إلا أنهما قد يختلفان في بعضاً من الفروق الجوهرية.
- أوجه الاختلاف بين عقد استخدام الرحم وعقد الرضاع:

فى عقد إستئجار الأرحام قيام المرأة المستأجرة بحمل الجنين وهى على بينه تامة باستحالة الرجوع فى التعاقد وتوقف التنفيذ وذلك لاستحالة رجوع محل العقد بالوضع الذى كان عليه أو لعدم توفير رحم بديل ينمو فيه الجنين لتكملة الرحلة بخلاف المرأة المرضعة فإمكانية الرجوع عن التعاقد وارد لأي سبب طرأ من الأسباب بشرط توفر بديل غذائى لاستمرار حياة الطفل.

(١) د. حسني عبد الدايم - المرجع السابق - ص ٢٧٨

إمكانية انتهاء العقد دون خسائر في عقد الرضاعة اقل من عقد الحمل المستأجر في عقد الرضاعة تنشأ له آثار حميدة تتمثل في العلاقة الوجدانية التي تنمو بين الطفل والمرضعة وذلك في ظل وجود الأم الولادة بالإضافة إلى عدم نفور أو خجل الطفل مستقبلا من وجود أم بالرضاعة هذا عكس الأم بالرحم رغم حداثة هذا النوع من الأمومة في حياتنا إلا أنه يتخلف عنه بعض الآثار السلبية منها ميلاد الحيرة مع الطفل ونموها يوما بعد يوم بينه وبين والدتيه بالإضافة إلى ظهور حالة أو شكلا اجتماعيا جديدا تختار وتتداخل فيه المشاعر. وجود شبهة في انتقال الصفات الوراثية من الأم إلى الجنين في الحمل الظئر بخلاف المرضعة الظئر.

موضوع محل الإتفاق في المرضعة الظئر يكون على الطفل باعتباره انسان أما في الرحم الظئر يكون نطفة الأمشاج باعتبارها ناتج من نواتج الإنسان.

نرى في تشبيها للأُم بالرضاعة قياسا على الأم بالرحم ظلما كبيرا للمرضعة الظئر وذلك لأن دور المرضعة في اغلب الأحوال يكون الدافع له انساني ويكون تبرعي وقد نصت عليه الشريعة الإسلامية السمحاء مما أدى إلى سمو هذا الإتفاق أما بالنسبة إلى عملية تأجير الأرحام فيتخلف عنها بعض للأقاويل والآراء حول الإباحية والحرمانية ونرى أن عدم وجود نص أو ما يدل صراحة على شيء يفيد بإباحتها في الشريعة الإسلامية دليل قاطع على عدم الأخذ بها لأن مثل هذه الأمور المصيرية الخاصة بالكيان البشري لو سكت عنها المشرع معناه أنها خروجها عن القاعدة العامة المسموح لنا بها وطبيعته لا تنطبق علي العلاقة بين الزوجين وصاحب الرحم المستأجر، مما استدعي البحث عن عقد آخر ينطبق معه في أحكامه.

وتطبيقا على ما سبق هل من سلطة الزوج أو القضاء إجبار الأم بالرحم على إرضاع

المولود المتخلق بنطف الغير؟

أي أنه هل الرضاعة من ملحقات إستخدام الأرحام لصالح الغير باعتبار أنها الغذاء

التكميلي لما بعد الولادة وخاصة في الحالات التي يرفض المولود فيها أي غذاء غير لبن الأم؟

كما أنه هل يجرم فعل الأم بالرحم عند امتناعها عن إرضاع المولود في الوقت الذي يكون رافضا فيه اللبن الصناعي البديل بالإضافة إلى أي ثدي آخر غير ثدي أمه بالرحم الذي حملته وولدت؟ يستدل على إجابة هذه التساؤلات من الآراء الآتية:

يري الشافعية أنه يجب علي الأم إرضاع ولدها " اللباء " بالهمزة والقصر وهو اللبن الذي ينزل عقب الولادة لأن النفس لا تعيش بدونه غالبا فلو امتنعت عن أرضاعة فمات فقولان:

الرأى الأول

- عدم الضمان لأنه لم يحصل منها فعل يحال عليه سبب الهلاك قياسا علي ما لو امسك عن المضطر ولأن عدم سقي " اللباء " ليس محققا لموت الولد ولا كالمحقق فأن كثيرا من النساء يمكن عقب ولادتهن ويرضع الولد من غير أمه ويعيش

الرأى الثاني

- عليها الضمان لأنها وأن لم يحل منها إتلاف لكن امتناعها من سقي ما وجب عليها نزل منزلة الإتلاف^(١).

الرأى الثالث

- يرى الزيلعي والاتفاقي نقلا: أن الأم تجبر علي الإرضاع في حالة واحدة وهي حالة إذا لم يكن للأب ولا للولد مال فأنها تجبر وتجعل الأب برة دينا علي الأب وعللا هذا الإجبار بأن الطفل يتغذى بالدهن وغيره من المانعات ومن ثم فترك أرضاعة لا يؤدي إلى ضياعة وهلاكه ثم نقلا أن هذا القول هو ظاهر الأخرى يؤدي إلى مرض الولد وهلاكه وأن نقله الزيلعي والاتفاني^(٢).

بالرغم من أن حكم الرضاع هو الوجوب لأن حياة الطفل تتعلق به وتركه يستلزم إهلاك الرضيع وإهلاك الرضيع حرام فتكون صيانتة واجبة فيكون الإرضاع واجبا^(٣).

(١) (أنظر نهاية المحتاج وحاشية الشيراملس ج ٦ ص ٥٢٥).
(٢) (أنظر البحر الرائق ج ٤ ص ٢١٩ رد المختار علي الدر المختار ج ٢)
(٣) الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي ص ٦٦، طبع المعاهد الأزهرية ١٤٢٦ هـ، الشرح الصغير ص ١٣٠، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٥٠٢/٢، نهاية المحتاج ٢٢١/٧، المغنى ٦٢٧/٦.

إلا أنه إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر مصابة بفيروس نقص المناعة البشرية فإن احتمالات ولادتها لطفل مصاب بنفس الفيروس تصل بالتقريب إلى نسبة واحد إلى ثلاثة وبعض المواليد يصابون أثناء وجودهم في الرحم وبعضهم أثناء الولادة^(١) والبعض الآخر أثناء الرضاعة الطبيعية^(٢). فإذا ولدت صاحبة الرحم المصابة بالإيدز طفلاً فلا حرج عليها في إرضاعه وحضائه أيضاً إذا ولد مصاباً بالمرض نفسه، فالمحذور قد وقع ولن يحدث إرضاعها له وحضائه إياه ما يخاف منه ويخشى.

أما إذا ولد الطفل سليماً من المرض ووجدت الأم الوالدية مرضعة ظئر وتقوم علي حضائه فإنه يجب عليها أن تمتنع عن إرضاعه وحضائه فالمرأة الصحيحة تستطيع أن تقوم مقام الأم وحليبها يملك خصائص حليب الأم، وقد كانت العرب قبل الإسلام تسترضع لأبنائها وأقر الإسلام الرضاعة ونشر المحرمية بها وإصرار الأم علي إرضاع طفلها وحضائه قد ينقل إليه العدوى ويصيبه بهذا المرض الخبيث^(٣).

وقد نص فقهاؤنا علي منع الأم المريضة بأمراض خطيرة كالجذام من إرضاع طفلها وحضائه.

يقول الشيخ الدردير المالكي ما معناه: يشترط في الحاضنة العقل والكفاية، وأن لا يكون بها مرض كجذام يضر ريحه أو رؤيته ومثله كل عاهة مضرة يخشى علي الولد منها ولو كان بالولد مثله لأنه بالانضمام قد تحصل زيادة علي ما كان علي سبيل جري العادة^(٤).

(١) تنتقل العدوى من الأم المصابة إلى الجنين أثناء الحمل أو الولادة بقليل، وتبلغ احتمالات انتقال العدوى للجنين من أم مصابة ما بين ٢٥٪ - ٤٥٪. أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية ص ٦٧، رسالة عن الإيدز ص ٣.

(٢) البيان الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين انتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية لم ينكر أن الرضاعة قد تسبب انتقال هذا الفيروس إلى الطفل إلا أن هذا البيان قرر أن الأمر يتطلب مزيداً من البحوث من أجل تقدير احتمالات العدوى بالفيروس من خلال الرضاعة الطبيعية. الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر ص ٦٩، الرضاعة الطبيعية والصحة الإنجابية في العالم الإسلامي ص ٤٦٧.

(٣) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر ص ٦٨.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، وأنظر هذا المعنى أيضاً في: مغنى المحتاج ٤٥٦/٣، كشف القناع ٤٩٩/٥.

وعلي هذا يجب علي الأبوين البحث عن وجود بديل لإرضاع هذا الطفل لأن تركه بدون رضاع فيه هلاكه وموته.

أما إذا لم يتيسر لهما وجود بديل (امراة ترضعه) أو ما يتناسب مع الطفل من الحليب الصناعي أو حليب الحيوانات كالأغنام والأبقار كالحال في الدول الفقيرة فإنه يجب علي الأم في هذه الحالة إرضاعه وحضانه^(١) فإذا لم يوجد لها لبن يجوز للام الجينية تناول هرمونات نزول اللبن لإرضاعه لأن في تركها إرضاعه وحضانه هلاكاً محققاً للطفل، وهلاكه بسبب إرضاعها له وحضانتها إياه غير محقق، ولكنه محتمل واحتمال ذلك نسبته قليلة. وخاصة بعد التطور الذي نعيش فيه ووجود بدائل غذائية تستطيع الأم إعطائها للمولود بدلا من الرضاعة.

والخلاصة ان مسألة إجبار الأم على أن ترضع طفلها لأي سبب من الأسباب السابقة فيه شيء من غير المعقول لأن الداعي إلى الرضاعة بجانب احتياج الطفل للغذاء هو تحريك غريزة الحنان والمشاعر فكيف يطلب من المرأة على فعل مثل هذا الشيء وهي تفقده! ففاقد الشيء لا يعطيه وعلى هذا نرى أنه ليس من الداعي إجبار الأم بالرحم على الإرضاع وخاصة أنه يوجد اليوم بدائل أفضل من اللبن الذي يغضب ويطلب من امرأة بالأمر.

(١) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز ص ٦٩.

به البيان الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين انتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية إلى أن الدراسات تثبت أن الرضاعة الطبيعية تنقذ أرواح الأطفال وأنها تتيح مزايا هائلة غذائية ومناعية ونفسية واجتماعية. فضلا عن مباحدة الولادات كما نبهت بعض البحوث إلى قلة الحالات التي أنتقل فيها الفيروس من الأم إلى الطفل بسبب الرضاعة فالحالات من هذا النوع معدودة في العالم كما نبهت البحوث أن نسبة وجود فيروس الإيدز في لبن الأم قليلة جدا كما هو الحال في إفرازات البدن الأخرى كاللعاب والعرق والبول وأكدت البحوث أن العدوى بفيروس الإيدز لا تتم عن طريق الجهاز الهضمي والطن - والله أعلم وأحكم بالصواب - أن الضغط الشديد الذي يمارسه الرضيع علي الغشاء المخاطي الرقيق في فمه هو الذي يؤدي إلى انتقال العدوى إذا كانت حكمة الثدي متشققة.

د. محمد هشام الخياط نائب المدير الإقليمي لمكتب منظمة الصحة العالمية لشرق المتوسط، د. محمد حلمي وهدان مدير الوقاية من الأمراض ومكافحتها في المكتب المذكور في ورقتهما إلى الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالاشتراك مع منظمة الصحة العالمية تحت عنوان: "الرؤية الإسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز" ص ٣، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز ص ٧١، مرجع سابق.

المطلب الخامس التعامل على الرحم والإيجار

تمهيد:

اعتادت الغالبية العظمى من علماء الفقه على مختلف تخصصاتهم فى استعمال لفظ الإيجار عند التعرض لعملية الرحم المستأجر المعروفة باسم "إيجار الأرحام" مما قد يوحي راغبا الإنجاب (الزوجين) بموجب رابطة إيجار الرحم لهما الحق فى الانتفاع بالرحم المستأجر مدة معينة ولقاء أجر معلوم. وذلك لان عقد الإيجار^(١) من عقود المعاوضة فكلا من طرفيه يأخذ مقابل لما يعطى، الأمر الذي

(١) الإجارة فى اللغة

بيع المنفعة لسان العرب ٣٢/١ حرف الهمزة كلمة أجر. الإجارة مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجرا، ونقول أجرته لدار، أى أكريتها مختار الصحاح للإمام محمد بن أبى بكر الرازى، ص ٦ مادة أجر دار الحديث بالقاهرة ترتيب محمود خاطر - المصباح المنير لأحمد بن محمد الفيومى المقرئ ص ٩ مادة أجر المكتبة العصرية - ص يدا بيروت، والإجارة اسم للأجر والأجرة التي تؤخذ عن عمل شخص أو منفعة أرضه أو ملكه. د/ نصر فريد واصل فقه المعاملات المدنية والتجارية فى الشريعة الإسلامية ص ١٣٢ - الطبعة الرابعة سنة ١٤١٨ سنة ١٩٩٧ م.

الأجير الخاص:

هو الشخص الذي يستأجر مدة معلومة؛ ليعمل فيها، فإن لم تكن المدة معلومة كانت الإجارة فاسدة، ولكل واحد من الأجير والمستأجر فسخها متى أراد. وفى الإجارة إذا كان الأجير سلم نفسه للمستأجر زمنا ما فليس له فى هذا الحال إلا أجر المثل على المدة التي عمل فيها. والأجير الخاص لا يجوز له أثناء المدة التعاقد عليها أن يعمل لغير مستأجره، فإن عمل لغيره فى المدة نقص من أجره بقدر عمله. وهو يستحق الأجرة متى سلم نفسه ولم يمتنع عن العمل الذي استؤجر من أجله. وكذلك يستحق الأجرة كاملة لو فسخ المستأجر الإجارة قبل المدة المتفق عليها فى العقد ما لم يكن هناك عذر يقضى الفسخ. كان يعجز الأجير عن العمل أو يمرض مرضا لا يمكنه من القيام به، فإن وجد عذر من عيب أو عجز ففسخ المستأجر الإجارة لم يكن للأجير إلا أجرة المادة التي عمل فيها، ولا تجب على المستأجر الأجرة كاملة. والأجير الخاص، مثل الوكيل فى أنه أمين على ما بيده من عمل، فلا يضمن منه ما تلف إلا بالتعدي أو التفريط. فإن فرط أو تعدى ضمن كغيره من الأمناء.

الإجارة عند الفقه القانوني

يعرف المشرع المصري عقد الإيجار فى المادة ٥٥٨ من القانون المدنى بأن "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم". وبالمثل لا تخرج القوانين الأخرى عن مفهوم المشرع المصري لعقد الإيجار.

اقنع بعض رجال الفقه بمدى توافق عناصر عقد الإيجار مع العلاقة بين الزوجين والمرأة الحاملة لنطفهم

وعقد الإجارة من العقود المسماة الملزمة للجانبين والواردة على الانتفاع بشئ معين أو بعمل معين كما بينا ولذلك قد يقول من غير المتخصصين بأن جميع العقود التي يكون الانتفاع محلها هي نفسها عقد الإجارة، لذلك يقتضى علينا عقد موازنة بين عقد الرحم المستأجر وعقد الإجارة في بعض الخصائص.....هذا ما سنوضحه تباعاً إن شاء الله تعالى.

موقف الفقه الفرنسي حول تكييف علاقة التعامل بالأرحام على أحكام عقد إيجار:-

يرى الفقه الفرنسي أن العلاقة العقدية بين الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر تندرج تحت مسمى عقد الإيجار حيث أنه يعتقد أن الوصف بهذه الطريقة مقبولا ويمكن أن يكيف هذا العقد علي أنه عقد إيجار *contrat de location* فيه يستأجر الزوجان رحم الحاملة *uterus* علي غرار حضانة صناعية *couveuse artificielle* خلال مدة الحمل وذلك في مقابل أجر تتلقاه الحامل^(١). مما أدى إلى انتشار هذا النوع من العقود من أمريكا إلى فرنسا وفيه يطلب زوجان عقيمان من سيدة أن تحمل *gestation* في هذا الطفل مقابل عائد تتلقاه أو أن تلك السيدة تلقح صناعيا بمنى الزوج أو تزرع بها بويضة ملقحة في أنبوبة *ovule feconde in vitra* وتتعهد هذه الحاملة أن تسلم الطفل لهذين الزوجين عند ولادته.

وكما هو واضح من قبل يعد هذا العقد ملزماً للجانبين *contrat synallagmatique* يلقي بالالتزامات علي عاتق كلا الطرفين في نفس الوقت فكلاهما دائن ومدين.

كما يمكن أن يحلل هذا العقد علي أنه عقد مشروع *contrat d'entreprise* تتعهد فيه الحامل أن تصنع طفلاً *s'engage a fabriquer un bebe* من المواد المقدمة سواء من الزوجين أو من الغير !!

(١) *sem.jur. 1983 – 3114 la procreation artificielle et le droit francais* .Guy Raymond

ولذلك يقتضى علينا دراسة عقد الإيجار دراسة مستفيضة حتى يتاح لنا مدى إمكانية إدراج هذه العلاقة سالفه الذكر تحت عقد الإيجار وهل تجرى أحكام هذا العقد عليه؟

- أوجه الاختلاف بين شكل التعامل على الرحم وعقد الإيجار:-

١ - بالرغم من أن عقد الإيجار من العقود البسيطة Contrat simple^(١) إلا أنه ليس هذا ما يحدث في بعض الأحيان في عقد إيجار الرحم لأنه في أغلب الأحيان يقترن عقد الإيجار بعقد الرضاعة وذلك لمصلحة الطفل وأحيانا تعد الرضاعة من ملحقات عقد الإيجار أو العين المؤجرة

ويتجلى هنا فرق جوهري بين علاقة إيجار الرحم وعقد الإيجار: بما أن عقد الإيجار يندرج في عقود المعاوضة فلا يتصور أن يكون بغير مقابل وإذا خلا هذا العقد من وجود المقابل المادي لتعليك منفعة العين فلا يكون هذا العقد إيجاراً بل ينطبق عليه وصف العارية مثلاً. وفي مقابل ذلك فكما قد يكون انتفاع الزوجين بالرحم المستأجر بمقابل قد يكون كذلك تبرعاً^(٢).

يضاف إلى ذلك فرقا آخر بين عقد الإيجار والعقد بين الزوجين والحامل فعقد الإيجار يتحدد الأجر فيه على قدر المنفعة التي ستعود على المستأجر أما بالنسبة للعقد بين الزوجين والحامل فالأجر الذي يتحدد لا يتناسب مع المنفعة المرجوة وهي مولد كائن حي مما يقودنا هذا إلى سؤال مهم:-

ما هو حكم الأجر الذي هو عنصر أساس في عقود استخدام الأرحام؟
وسيجاب علي هذا السؤال من خلال أقوال الفقهاء إن شاء الله تعالى:
رأى السادة الحنفية: قال اللساني: (لا يجوز استئجار الإنسان للبيع والشراء لأن البيع والشراء يتم بواحد بل بالبائع والمشتري فلا يقدر الأجير على إيفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء فصار كما لو استأجر رجلاً ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه)^(٣).

(١) التي لا تمتزج بها عقود أخرى فهي عقود تسري عليها أحكام موحدة لا تمتزج بها أي عقود أخرى

(٢) د/ عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة، ص ١١٨.

(٣) بدائع الصنائع / ج ٤ / ص ١٨٩ - وقال أيضاً: (لا يصح الاستئجار على المعاصي لأنها استئجار على غير المقدور استيفاءه شرعاً كاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح، وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله أكره أن يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها

٢- ويعد عقد الإيجار من عقود المدة حيث يرتبط تنفيذه بمدة معينة ، فمنفعة الشيء المؤجر لا تمنح للمستأجر إلا إلى أجل معين. هذا بعكس علاقة الرحم المستأجر نرى عدم إمكانية تحديد مدة معينة وذلك يرجع إلى المدة المعروفة للحمل هي تسعة أشهر تقريبا وأحيانا سبعة أشهر وأحيانا ستة أشهر في ظل التطورات والنوازل الطبية المسحذة على أن تكمل مدة الحمل في حضانات صناعية شأنها شأن رحم الأم بالإضافة إلى أنه كيف يكون عقد إيجار الرحم محدد المدة على غرار عقد الإيجار وهناك احتمال لإجهاض الأم الحامل أي صاحبة الرحم فلو فرضنا جدلا أنه محدد المدة هل يعتبر إجهاضها لأي سبب من الأسباب سواء كان يرجع إلى إرادة صاحبة الرحم أو إلى غير أرائها قبل إتمام المدة المتفق عليها وهي مدة الحمل الطبيعية أخلا لا بالعقد المبرم؟ نرى أن هذا العقد احتمالي أي أنه هناك عنصر احتمالية النتيجة ولا يضمن عواقبه لاحتمال توافر عنصر المفاجئة فيه شأنه شأن حمل الأم الطبيعية وهذا ما جعلنا نؤيد أن الالتزام الناشئ هو التزام ببذل عناية وليس بنتيجة.

٣- نرى أن خاصية عدم الاعتداد بشخصية المستأجر من أهم أوجه الاختلاف بين عقد الإيجار وعلاقة الرحم المستأجر لأنه ليس من المعقول أن تؤجر صاحبة الرحم رحمها من الباطن أي دون علم أطراف العلاقة بالإضافة إلى أنه يستحيل تنفيذ المادة رقم ٦٠١ مدني^(١) وكذلك المادة ٦٠٢ مدني لأن في حالة وفاة صاحبة الرحم المستأجر ينتهي أو ينعدم محل الإيجار وتطبيقا على ذلك إذا توفيت صاحبة الرحم أثناء الولادة بعد إبرمها عقداً مع الزوجين أصحاب النطف مع نزول المولود حيا هل يحق للزوجين استرداد الطفل من ورثتها باعتبار أن الطفل ابنا لها بواقعة الولادة طبقا للشريعة الإسلامية أم بموجب العقد المبرم بينهم يستحقا تسليم الطفل إلى الورثة؟

ويخلو بها وكذلك الأمة وهو قول أبي يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الأجنبية معصية وأما الاستخدام فلأنه لا يؤمن معه الإطلاع عليها والوقوع في المعصية).
(١) تنص المادة ٦٠١ مدني تقض بأن " لا ينته الإيجار بموت المستأجر - وتقضى المادة ٦٠٢ مدني بأنه " إذا لم يعقد الإيجار الا بسبب حرفة المستأجر او لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ثم مات جاز لورثته او للمؤجر أن يطلبوا انتهاء العقد

فى حالة وفاة الأبوين البيولوجيين سنرى ما ذهب إليه القضاء الاسترالى رغم عدم تأييدنا إلى ما ذهبت إليه المحكمة، من خلال القضية التالية التى تعد هى الأولى من نوعها وأفاضت وسائل الأعلام فى نشر تفاصيلها ومضمونها: أن أحد البنوك المتخصصة فى الإخصاب الطبى المساعد وحفظ الأجنة الزائدة قام بإجراء تجربة طفل أنابيب لزوج وزوجته وكانا من الأثرياء، وفشلت التجربة فلم تحمل المرأة، ولكن الأطباء كانوا قد احتفظوا بمجموعة من الأجنة المجمدة على أساس أنها سيعودان بعد بضعة أشهر لإعادة المحاولة، ولكن الزوجين الشريين قتلا فى حادث طائرة سقطت وتحطمت وليس لهما من وارث، وتحير البنك هل يقوم بتنمية الأجنة التى حصل عليها من هذين الزوجين وزرعهما فى رحم متبرعة بحيث تقوى احتمالات نجاح واحدة من هذه المحاولات، فإذا نجحت نسبة الولد إلى أبويه اللذين لقيا حتفها قبل أن تحمله أى رحم وقبل أن تظله وتغذيه أى بطن وقد حكمت المحكمة العليا فى استراليا فى نوفمبر سنة ١٩٨٤ م بالموافقة.

وجدير بالذكر أن الفقهاء المسلمين يمنعون التعامل فى الأشياء التى يمنع القانون التعامل فيها لنفس الأسباب تقريباً إلا أن القانون وأن اشترط أن يكون الشئ داخلاً فى دائرة التعامل. وقياساً على إباحة القانون لمزاولة تجارة الخمر رغم تحريم الشريعة الإسلامية لها.

هل هذا يعنى إباحة القانون للتعامل على الأرحام بناء على رأى بعض علماء الطب فى عدم انتقال أى مورثات من صاحبة الرحم المستأجر إلى الجنين رغم تحريم علماء الفقه لهذه العملية قياساً على بيع الخمر فى الأماكن العامة أم سيجرمها بناء على حكم الشرع؟

ولكن هناك فرق بين وجهة نظر الفقه الإسلامى لمضمون هذا الشرط وبين وجهة نظر القانون له فالقانون يبيح بيع الخمر ويقضى بصحة التعامل فيه كما يبيح التعامل فى بيع الخنازير وآلات اللهو مع أن كل هذه الأشياء محرمة والتعامل فيها باطلاً عند جمهور الفقهاء المسلمين. فقد قال الله سبحانه وتعالى فى كتابه الكريم: **لَحُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ^(١)**.

(١) سورة المائدة - آية ٣.

وقال أيضاً: لَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ^(١) هذا بالإضافة إلى أن دائرة حق الله تعالى أوسع بكثير من دائرة النظام العام والآداب التي يقرر القانون العام مخالفتها وذلك لاتصال التشريع الإسلامي الوثيق بالعقيدة والأخلاق.

وتطبيقاً على ما سبق أتضح عدم قبول فكرة الرحم المستأجر وتمكين الزوجين من الانتفاع بالعين محل عقد الإيجار فذلك التمكين لا يمكن بلوغه بأي شكل كان لكون الانتفاع هنا يتمثل في استغلال رحم المرأة المستأجرة بوضع نطفة أمشاج الزوجين فيه وطالما أن رحم المرأة هو جزءاً من جسدها فإنه لا يمكن أن يندرج في مفهوم الأشياء كما سبق وأن ذكرنا لأن الأشياء هي ما يجوز تداولها بين الأغيار علي سبيل تملك الأعيان والمنافع.

- رغم أن محل عقد الإيجار هو الانتفاع بالعين المؤجرة خلال فترة زمنية معينة هي فترة الحمل، إلا أنه لن يتحقق إلا بتسليم العين محل الانتفاع إلى المستأجر فإذا ما طبق ذلك علي العقد الوارد بين الحامل والزوجين تبين أن العقد باطل لعدم مشروعية محل العقد ولعدم إمكانية تسليمه وكذلك بطلان محل الالتزام بناء علي هذا التصور الذي يتمثل في إلزام صاحبة الرحم المستخدم بتسليم الطفل بعد إتمام الولادة إلى الأبوين البيولوجيين بموجب العقد الذي تم بينهم يكون باطلاً.

كما نرى أن جميع وجهات النظر السابقة اعتبرت أن المحل في هذه العملية هو الرحم المستخدم ولكننا نرى أن جميع أعضاء جسد صاحبة الرحم اشتركت في إتمام حمل هذه المرأة كل عضو جسدي شأنه شأن الرحم ولا تقل وظيفته عن دور الرحم وهذه العملية قد تترك وتخلد ذكرى علي جسم المرأة ذاته من الناحية النفسية والجسدية وقد يعرضها هذا الانتفاع إلى الموت، فكيف يفسر عقد الإجارة مسألة تنازلها عن الولد الذي حملته تسعة أشهر وعانت من الآلام وحيث تولدت رابطة عاطفية بينها وبين المولود، بالإضافة إلى أثار الحمل الظاهرة علي جسمها الأمر الذي لم نشهده في عقود الإجارة ولهذا أرى أن فكرة أن نقول

(١) سورة المائدة الآية ٩٠

الرحم المستأجر فكرة خاطئة ولكن يجب أن نقول الجسد المستخدم فى التعامل وليس الرحم وبالتالي يكون محل الإيجار هنا هو الجسد وليس الرحم فقط كما يدعى البعض.

- وعلى الصعيد الآخر نرى أنه بعد البدء فى إجراء عملية الاستعانة برحم الغير يبدأ عنصر الإرادة يقل لدى أطراف العلاقة وهذا يرجع إلى صعوبة تحقيق إبطاله بعد انعقاد^(١) خاصة بعد البدء فى تنفيذه - لعيب أصاب رضا أحد الطرفين مثلاً لأن تنفيذ العقد يبدأ باستدخال النطفة الأمشاج للزوجين فى رحم المرأة التي قبلت بتأجير رحمها لهذه النطف، وإبطال العقد والحال كذلك يؤدي إلى آثار غير مرغوب فيها تتعلق بحمل الجنين ووضعيتها طفل.

ومما لا شك فيه تعتبر هذه الحالة من الحالات الباطلة فى الفقه الإسلامى فالرسول ﷺ قد نهى عن بيع الثمار قبل بدء صلاحها ويقاس عليها البطلان بيع الأشياء تحت التصنيع لا شراكها فى علة واحدة وهي بيع المعدوم.

فاذا كان فبيع نتاج الحيوان قبل الولادة لا ينعقد وكذا بيع الثمار قبل ظهورها لا ينعقد أيضاً. فما بالك ببيع نتاج الإنسان من خلال استئجار الأرحام. ركن السبب لعقد لاستخدام الرحم عند الفقه القانوني:

لا شك فى أن ركن السبب فى القانون المدنى يظفر بنصيب وافر من البحث تتجلى أهميته فى تناول لنظرية الالتزام ومع ذلك فإن تحديد طبيعة السبب وكشف دوره فى العقد أو فى الالتزام مازال محلاً للخلاف والمناقشة بين مختلف الآراء والنظريات على إننا نشير إلى أن البحث فى نظرية السبب يستدعى منا عرض موجز ومختصر للنظرية التقليدية والحديثة^(٢).

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد - أحكام الأم البديلة - فقرة ١٠١ ص ١٢٥
(٢) الأمر الذى يجعله عرضة لرفض الأم التي ولدته تسليمه لأبويه الوارثين وتنقلب الآية حينما يرفض استلامه أبويه البيولوجيين.

السبب فى عقد الرحم المتعامل عليه كما ذهب بعض من الفقه المصرى أن السبب القصدى فى عقد الاجتنان بالنسبة للمستجن لهما هو الحصول على التزام الأم البديلة بالحمل لحسابها جنيناً ناشئاً عن نطفتهما الأمشاج بالنسبة للأم البديلة هو الحصول على التزام المستجن لهما بالوفاء بمقابل ذلك أو إسداء خدمة لهما. وهناك رأى آخرى يعترض على نطاق فكرة السبب الدافع الى التعاقد كما صورها رأى الأول السبب الذى دفع الوالدين الى استئجاب طفل بطريق الحمل البديل ليس هو الحصول على

ولعدم الاطالة كي نصل إلى تحديد طبيعة السبب وبيان دوره في التصرف القانوني لعقود التعامل على الأرحام وكذلك لبيان معرفة وضع أفراد العلاقة بمعنى هل ستصبح صاحبة الرحم المستأجر مدين لوجوب إلزام عليها بموجب عقد الإيجار؟ باعتبارها متحمة العبء الكبير في هذه العلاقة.

وخلاصة القول نرى تطابق فكرة السبب عند الرومان على عقود استخدام الأرحام وإن صح التعبير - عقد استخدام الأرحام - ومن ثم، بالرغم من عدم مشروعية السبب (العقد) إلا أن صحة العقد مستقلة تماماً عن سببه وبالتالي فالمرأة صاحبة الرحم المستأجر ملزمة بمجرد إتمام العقد رغم عدم مشروعية محله. - يجب أن يكون سبب العقد موجوداً وصحيحاً ومشروعاً وإلا كان العقد باطلاً:

وتطبيقاً على ذلك في العملية محل بحثنا سبب إلزام المرأة صاحبة الرحم هو تسليم الطفل إلى أبويه البيولوجيين وهذا ما التزمت به هذا بخلاف السبب في العقد وهو تسخير رحمها لإنجاب الطفل.

- مشروعية سبب الالتزام^(١) وبالمثل السبب في تأجير المرأة وتسخير رحمها لحمل غيرها هو لاحتياجها على الأجر أو المقابل المادي وكذلك السبب

المولود ونسبته الي غير امه الحقيقية وإنما يتمثل السبب الدافع لهما لإبرام هذا العقد أي الرغبة في الحصول علي الولد دون أن يقصد أن ينسبها إلى غير أمه وذلك يرجع للاعتقاد الكامن لدى أمه البيولوجية بكونها الأم الحقيقية له وتصوير السبب بالشكل الذي أورده هذا الرأي

كما يرى اصحاب هذا الرأي ان النية الموجودة لدى التعاقدين ويوسع من نطاق الباعث الدافع بهما الي التعاقد فالأم الوراثية لا تقصد مطلقاً أن تعدل من الحالة المدنية للطفل بل إنها لا تتغني من وراء هذا العمل إلا الحصول علي الولد كباعث رئيسي قد دفعها هي وزوجها الي عقد الحمل البديل.

وبالنسبة للرأي الثاني الذي يرى بأن السبب في عقد الاجتنان هو الحصول على التزام البديلة بالحمل لحسابهما جنيناً ناشئاً عن نطفتهما الإمشاج فهذا الرأي قد خلط بين سبب العقد وبين محل التزام الحامل البديلة فيه حيث أن الدافع الرئيسي للتعاقد معها يتجسد ليس في تسخير طاقاتها التناسلية لحمل نطفة إمشاج كما ذهب هذا الرأي وإنما يتمثل السبب الحقيقي في الرغبة الملحة للحصول علي ولد وما تسخير طاقات المرأة التناسلية في كافة أطوار الحمل وإلى حين الوضع إلا مجرد أحد التزاماتها الرئيسية الناشئة عن إبرام عقد الحمل البديل.

(١) ويشترط لصحة العقد أن يكون الغرض الشخصي للمتعاقدين أو سبب العقد مشروعاً طبقاً للمادة (م ١٣٦ مدني) السابق ذكرها غير أن الغرض الشخصي أو سبب العقد قد

فى رغبة الزوجين فى استئجار هذا الرحم هو الانتفاع به كى يثمر عن هذا الانتفاع المولود

فالمرأة صاحبة الرحم التزمت بعقد تأجير رحمها مقابل المال أو حتى تبرعاً منها لمساعدة المرأة صاحبة البيضة وسبب إلزام صاحبة البيضة بدفع مبلغ من المال هو سبب غير مشروع إذ هي تهدف إلى نسبة الطفل إليها على غير الحقيقة بمعنى أن السبب هو الحصول على المولود ونسبته إلى غير أمه الحقيقية فهو دون شك سبب غير مشروع.

رأى الباحث:

ويتطابق ركن السبب فى عقد الإيجار على عملية الرحم المستخدم، من المعلوم أن سبب العقد هو الباعث الدافع الذى حمل أطراف العلاقة على التعاقد إذ لولاه لما أبرم العقد.

ولقد ذهب بعض الفقهاء المصريين إلى أن عقد تأجير الأرحام يبطل لعدم مشروعية السبب بالرغم من أن محل الالتزام فى ذاته مشروع حيث يتمثل السبب فى عقد الحمل المستأجر عند هذا الاتجاه فى الحصول على المولود ونسبته إلى غير أمه الحقيقية فهو دون شك سبب غير مشروع لأن أحكام النسب تتعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز الإنفاق على تعديل أحكامها ونسبة المولود لغير أمه الحقيقية وهي الأم التي حملت فيه^(١).

كما ذهب بعض الآخر إلى أن السبب القصدي فى العقد هو الحصول على إلزام الأم صاحبة الرحم بحمل جنيناً ناشئاً عن نطفتيهما الأمشاج.

يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروع ويكون مشروعاً إذا لم يكن مخالفاً لنص من نصوص القانون الإمرة أو للنظام العام والأدب بصفة عام. فعقد الإجارة مثلاً يلتزم المؤجر فيه بتسليم العين المؤجرة ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها وهذا الالتزامات المتقابلان موجودان ومشروعان ولكن إذا أتضح أن المستأجر يستخدم هذه العين المؤجرة فى الدعارة أو القمار وهذا الباعث كان موجوداً عند إبرامه لعقد الإجارة فإننا لن نستطيع إبطال هذا العقد إلا إذا اعتدنا بالباعث أى سبب العقد، لأن كل إلزام لابد أن يكون له سبب فمثلاً فى عقد الإيجار إلزام المؤجر بنقل منفعة الشيء المؤجر سببه الرغبة فى الحصول على الأجر من المستأجر والتزام المستأجر بدفع القيمة الإيجارية سببه الرغبة فى الحصول على منفعة العين من المؤجر.

(١) د/ محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص ٤١٤، ٤١٥.

بالنسبة للام المستأجرة هو الحصول علي إلتزام الأبوين البيولوجيين بالوفاء بمقابل ذلك أو إسداء خدمة لهما^(١). ويؤخذ على أصحاب الفريق الأول حول نطاق فكرة السبب الدافع إلى التعاقد الذي دفع أصحاب النطف إلى الحصول على طفل بطريق الحمل المستأجر ليس هو الحصول علي المولود ونسبته إلى غير أمه البيولوجية وإنما يمثل السبب الدافع لهما لإبرام هذا العقد - كما يؤكد بعض الفقه أن^(٢) الرغبة في الحصول علي الولد تنشأ دون القصد في أن ينسبها إلى غير أمه وذلك يرجع للاعتقاد الكامن لدى أمه البيولوجية بكونها الأم الحقيقية له وتصوير السبب بالشكل الذي أورده هذا الرأي كما يرون ونحن نؤيدهم الرأي أن أصحاب الرأي الثاني قد خلط بين سبب العقد وبين محل إلتزام الحامل المستأجرة فيه حيث أن الدافع الرئيسي للتعاقد معها يتجسد ليس في تسخير طاقاتها التناسلية لحمل نطفة أمشاج كما ذهب هذا الرأي وإنما يمثل السبب الحقيقي في الرغبة الملحة للحصول علي ولد وما تسخير طاقات المرأة التناسلية في كافة أطوار الحمل والي حين الوضع إلا مجرد أحد التزاماتها الرئيسة الناشئة عن إبرام عقد الحمل المستأجر.

وإتماما للفائدة المرجوة يعتبر السبب الدافع إلى تعاقد الزوجين مع صاحب الرحم المستخدم هو الرغبة في الحصول علي الولد وهي رغبة في حد ذاتها مشروعة وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل إلتزام. ويترتب على عدم مشروعية سبب العقد: مما لا شك فيه أن شرعية السبب تتوقف على وجوب مطابقة العقود للقانون ويكون السبب هنا بمعنى الباعث للدافع وهو خلاف الغرض الأساسي وهو السبب المجرد. ويجب ألا يكون هناك خلط بالنسبة للبطلان بين السبب غير المشروع والمحل غير المشروع (كتأجير رحم بشرى) خصوصاً عندما يكون سبب البطلان وهو الإخلال بالنظام العام^(٣).

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٢) د/ طارق عبد الله محمد أبو حوة - الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعي - رسالة لنيل الدكتوراة - جامعة المنصورة - ٢٠٠٥

(٣) فالبطلان في حالة المحل غير مشروع يكون لسبب داخل العقد وفي الحالة الأخرى يكون لسبب خارج العقد. وعدم مشروعية الغرض الشخصي أو سبب العقد علي النحو المتقدم يترتب عليه العقد ذاته لذلك فرغم توافر التراضي في العقد إلا أن القانون يهدر

ولكن هذه القاعدة ليست في الواقع مطلقة فقد عرضنا من قبل لحالات التصرف المجرد مثال فمثلا عند شراء محصول العنب من التاجر فهناك من ينوى شراءه لأكله وهناك من ينوى شراؤه لصناعة الخمر فعقد المبرم بين المشتري والتاجر البائع صحيح رغم عدم مشروعية السبب ورأى نا أن تخلف الغرض الموضوعي المجرد من الالتزامات الناشئة عن هذا النوع من التصرف لا يؤثر في صحة العقد وهذه الحالات الناشئة عن هذا النوع من التصرف لا يؤثر في صحة العقد وهذه الحالات ذاتها يتجرد فيها التصرف عن الأغراض الشخصية أو عن سبب وأخيرا تعد هذه النظرية أقرب إلى الفقه اللاتيني لأن السبب في هذه النظرية هو الباعث الدافع إلى التعاقد وأنه يعتد به سواء نص عليه في العقد أم لم ينص عليه فيه طالما ظهر هذا الباعث أو قامت الأدلة والقرائن علي وجوده والسبب المباشر في عقد إجارة الأرحام بالنسبة للمرأة التي قبلت شغل رحمها بحمل لحساب الغير هو حصولها على الأجر من الزوجين صاحبا النطفة الأمشاج ، وفي المقابل إلتزام صاحبة الرحم بالحمل لحسابيهما عن طريق نطفتي الأمشاج^(١).

المطلب السادس

التعامل على الرحم والوديعة

- أوجه التشابه والاختلاف بين عقد الرحم المستخدم وعقد الوديعة:

يرى بعض من الفقه القانوني كما نرى نحن أن عقد الوديعة من أقرب العقود المدنية إلى عقد تأجير الأرحام.

قيمته القانونية وعلي هذا النحو الذي يكون سببه أو الغرض الشخصي لأحد المتعاقدين فيه غير مشروع يكون عقدا باطلا (١٣٦ مدني)
(١) د. عبد الحميد عثمان محمد - المرجع السابق - فقرة ١٠٣ ص ١٢٦ ولقد نصت المادة ١٣٦ من القانون المدني على أنه إذا لم يكن الإلتزام سبب، أو كان سببه مخالف لنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا، كما تعرضت المادة ١١٠٨ من القانون المدني الفرنسي لفكرة السبب حين اشترطت أن يكون لكل إلتزام سبب مشروع.
لأستزادة حول السبب ومفهومه يراجع د. سهير منتصر و د. حمدي عبد الرحمن - النظرية العامة للالتزامات - المصادر الإرادية وغير الإرادية ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٤٣٢: ٤١٤ وما بعدها

عقد الرحم المستخدم وعقد الوديعة يقعان علي عمل معين يرتبط ببذل جهد جسدي تجاه حفظ شئ معين مودع لدى العاقد الآخر أما بالنسبة إلى كون كل منهما رضائي وقد يكون كل منهما ملزماً لجانب واحد إذا لم يكن بأجر أو ملزماً للجانبين إذا كان بأجر وكذلك قد يكون تبرعاً وقد يكون معاوضة كما أن شخص المودع لديه محل اعتبار في العقد والغرض من عقد الوديعة حفظ الشئ المودع ورد عينه في نهاية العقد أن كانت باقية.

الوديعة تقع علي شئ يستودعه المودع لدى المودع لديه فترة من الزمان، علي أن يلتزم المودع لديه بحفظ هذا الشئ ورده عيناً^(١).

لكنهما يفترقان في محل كل منهما لأن محل العقد يكون شيئاً أما هنا فمحل عقد الوديعة يرد علي كائن حي لا يدخل في مفهوم الأشياء مما يجعل العقد باطلاً كذلك فإن المودع لديه في عقد الوديعة ملتزم برد عين الشئ المودع في نهاية العقد في حين أن الأم صاحبة الرحم المستخدم تلتزم بتسليم المولود إلى المتعاقدين معها في نهاية العقد وهذا ليس عين الشئ المودع ابتداءً والذي كان نطفة أمشاج وأصبح في نهاية العقد إنساناً متكاملًا مع ملاحظة أنه إذا كان الشئ المودع مما يثم حيواناً له نتاج فإنه يلزم برد هذا الناتج عيناً إلا إذا خشي عليه التلف فإنه يرد الثمن.

ويسأل بعض من الفقه: كيف يفسر إلتزام الحامل بالرد عيناً لبيضة مخصبة بل لطفل كامل النمو؟ أيكن أن يعادل الطفل المكتمل هذا ثمار الشئ أو نتاج الحيوان^(٢)؟

فنطفة الزوجين الملقحة لا يمكن اعتبارها من الأشياء في المفهوم القانوني بحسب ما تتمتع به من حياة لها طبيعتها الخاصة.

(١) انظر في أحكام عقد الوديعة عموماً: د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ٥ وما بعدها (بدون تاريخ طبع).

(٢) النظام القانوني للانجاب الصناعي ص ٥٤١ للدكتور رضا عبد الحليم، نشر النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.

كما أن من أحكام عقد الوديعة حفظ الشيء المودع مع الالتزام برده عينا عند الطلب والرحم المستخدم يخالف كل ما سبق من أحكام لأن صاحبة الرحم المستأجر لا تقوم بمهمة المودع في حفظ الشيء كما أنها لا تستطيع أن تردده عينا. ويرجع ذلك إلى أن الغرض من تأجير الرحم هو رغبة الزوجين في نمو نطفة أمشاج خصتهم حتى تكتمل رحلتها وتصبح جنينا متكاملا وليس مجرد حفظها مما لا يعقل معه القول بحفظ البويضة في الرحم كما يستحيل معه القول بإلقاء التزام علي الحامل بتسليم البويضة بعينها دون أن يلحقها التغير. إذا نحن هنا أمام عملية تصنيع والتزام ببذل جهد وليس أمام حفظ شيء مودع تحت الطلب على سبيل الأمانة برغم من قلة أوجه المقارنة بين العقدين إلا أنه لا تزال توجد فروق جوهرية بينهما تمنع من تطبيق أحكام عقد الوديعة علي أحكام علاقة عملية الرحم المستخدم، لذا فإن أحكام عقد الوديعة وطبيعته لا تنطبق علي العلاقة بين الزوجين وصاحب الرحم البديل، مما استدعي البحث عن عقد آخر ينطبق معه في أحكامه.

المطلب السابع

التعامل على الرحم والعارية

أوجه التشابه والاختلاف بين التعامل على الرحم وعارية الاستعمال:

وانطلاقا مما سبق تتجلى لنا أوجه التشابه والاختلاف بين إعاره الرحم وإعارة غيره من الأشياء. وعلي ذلك ذهب البعض^(١) إلى أن العقد بين صاحبة الرحم المستأجر والأبوين البيولوجيين يشترك مع عقد العارية في كثير من الخصائص، ولا سيما إذا كان بدون مقابل، ومن خلال شروط العارية في الشريعة الإسلامية وتطابقها مع عقد الرحم المستخدم كأن تكون العين منتفعا بها مع بقائها أي كلاهما يرد على منفعة الشيء دون ملكيته إلا أنهما يفترقان في المحل الذي يرد على كل منهما، فعقد العارية لا يرد إلا على منفعة الشيء المستعار، أما محل العقد بين الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر ما هو إلا تسخير لرحمها طوال فترة الحمل بالإضافة إلى أنه ليس من الأشياء حتى يتم إعادته، كما أن إعاره

(١) د/ عبد الحميد عثمان. روح القوانين ص ١١٩

الرحم يتصور أن تكون بعوض مادي تتلقاه صاحبة الرحم المستأجر فكما قد يكون الانتفاع بالرحم بمقابل أو بعوض قد يكون كذلك تبرعاً^(١) فضلاً عن استحالة تسليم الرحم للانتفاع به منفصلاً عن الجسد وإعادته في نهاية المدة كما سبق وأن بينا من قبل.

تجدر الإشارة هنا أن الشيء المستعار يجب تسليمه للمستعير كما يجب أن تكون الإعارة بلا عوض وفي نهاية مدة الإعارة رد الشيء المعار بعد استعماله كما هو^(٢). فهنا قد استبان لنا التناقض الكبير بين عقد الرحم المستأجر وعارية الاستعمال:

فالرحم ليس من الأشياء حتى يتم إعادته، كما أن إعارة الرحم يتصور أن تكون بعوض مادي تتلقاه الحامل وقد يأخذ الشكل التبرعي، كذلك فضلاً عن استحالة فصل الرحم عن الجسد كي يتم تسليمه بشكل مادي كما في الشيء المعار. لأن عارية الاستعمال تتطلب في طبيعة الشيء المعار إمكانية الاستلام والتسلم وهذا غير معقول في عضو الرحم لأن الرحم لا ينتقل من مكانه إلى المستأجر أي لا يمكن انتزاعه من الجسد وتسليمه إلى المستعير مثلاً بالإضافة إلى أنه عدم إمكانية رد الشيء المعار إلى المستعير بعد استعماله كما هو في عضو الرحم لأن بعد إتمام عملية الإنجاب هناك بعض التغيرات الفسيولوجية قد تطرأ على عضو الرحم بعد إتمام الولادة وإفراغ الجنين من الرحم، وأحياناً قد يتسبب الحمل بهذه الوسيلة إضراراً للرحم تحجبه عن تكرار هذه العملية التي هي حق طبيعي لصاحبة هذا الرحم.

ولسنا بحاجة إلى التنويه عن الفروق البارزة بين عقد الرحم المستخدم لحساب الغير وعقد العارية لوضوحها مما يؤكد لنا عدم تطابق عقد الرحم المستخدم لحساب الغير على أحكام عقد إعارة الأشياء مما يستوجب علينا البحث في عقد آخر.

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٢) انظر عموماً في عقد عارية الاستعمال: د/ عبد الرازق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، الجزء السادس، ص ٤ وما بعدها وانظر في الفروق.

المطلب الثامن

التعامل على الرحم والوكالة

(١) بالرأي المؤيد لعملية الرحم المستأجر " وإن صح التعبير الرحم المستخدم لحساب الغير " أن طبيعة العقد بين الزوجين وصاحبة الرحم الذي يتم التعامل عليه هو عقد وكالة ، والذي عرفتة المادة ٦٩٩ من القانون المدني بقولها : - "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل" (٢). من نص المادة السابقة نستنتج أن :

(١) آراء في التلقيح الصناعي ص ٤٦٩ للشيخ علي طنطاوي منشور في بحث ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام والتي أقامتها منظمة الطب الإسلامي بالكويت المنعقدة في ١١ شعبان سنة ١٤٠٣ هـ - ٢٤ مايو سنة ١٩٨٣ م - طبعة ثانية سنة ١٩٩١ م.
(٢) د/ عبد الرشيد مامون. عقد العلاج بين النظرية والتطبيق ص ٩٧ وما بعدها طبعة دار النهضة العربية ، محمد عرفة القانون المدني ص ١٧٣
ولقد تأثر هؤلاء بما كان عليه الحال عند الرومان حيث كان المجتمع يقسم إلى ثلاث طبقات :

- طبقة المواطنين الرومان. - طبقة العتقاء. - طبقة العبيد.
فالمواطنون الرومان فقط هم الذين كانوا يعتبرون من النبلاء والأشراف ، وبالتالي هم الذين يتولون المهن الحرة والشريفة التي لا تقبل أن تقوم بالنقود كالطب والحمامة ، أما الأعمال اليدوية التي تقوم بالنقود كانت تترك للعتقاء والعبيد الذين كانوا يعتبرون من الرعاع وأصحاب الحرف اليدوية ، وتظهر فكرة الوكالة عندهم كوظيفة تقوم علي الصداقة - أي الرغبة في تقديم خدمة.
فهى عقد ينشأ عندما يقوم شخص يسمى الأصيل بتكليف شخص آخر بأن يقوم بعمل مجاني لمصلحته ، وقد يكون محل ذلك العقد شيئاً مادياً ، وقد يكون تصرفاً قانونياً.

ولكن هذه الفكرة وهي الحاق عقد العلباج بعقد الوكالة لم تسلمك من النقد ، حيث وجة إليها : -

أنها نشأت في مجتمع يحقر العمل اليدوي ويمجد الأعمال الفكرية والذهنية ، وهذه الأمور لا محل لها الآن في الوقت الحاضر للمساواة القائمة بين جميع الأعمال ، وايضا فإن الطبيعة القانونية لعقد الوكالة في القانون المدني المصري وكذلك الفرنسي ، والتي قصرت الوكالة علي الأعمال القانونية تختلف عن عمل الطبيب ، لانه يقوم بعمل مادي "فمحل عمل الطبيب يختلف عن محل عقد الوكالة وايضا فإن عقد الوكالة محاتى بطبيعته ، خلافا لعقد المادة ٧٠٤ مئة بقولة :

١. إذا كانت الوكالة بلا أجر وجب علي الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.
٢. إذا كانت بأجر وجب علي الوكيل أن يبذل دائما في تنفيذها عناية الرجل المعتاد.

- عقد الوكالة محله تصرف قانوني يقوم به الوكيل لحساب الأصيل أما في العلاقة بين الزوجين والحامل ، فإن التصرف هنا محله جسم الإنسان فهو عمل مادي وليس قانوني كما أن عقد الوكالة مجاني أصلاً ، خلافاً لعقد تأجير الأرحام فهو عقد أما تبرعاً أو بمقابل.

- عدم مشروعية محل العقد في عملية تأجير الأرحام" وإن صح التعبير الرحم المستخدم لحساب الغير" علي نحو ما أتضح من خلال عرضنا لآراء العلماء في مشروعيته. لذلك لا يمكن التسليم بإمكانية تكييف وخضوع عقد الرحم المستأجر على أحكام عقد الوكالة.

المطلب التاسع

علاقة استخدام الرحم عقد من نوع خاص

هل هو عقد غير مسمى من نوع خاص؟

نظراً للتطور الحديث في مجال الإخصاب الصناعي الذي اندرج وانبثق منه عمليات التعامل على الأرحام والتي هي محور هذا الكتاب فقد أصبح لهذه العمليات ذاتية خاصة رغم عدم مشروعيتها إلا أن فكرة إخضاع النطفة الإنسانية للتطور كي تصبح جنيناً في رحم غير الأم الجينية ويكون المستول عن هذا الإخصاع والتطور الأطباء وبالتالي ليست هذه الطريقة الفطرية أي التزاوج ومن ثم لم يكن يتصورها المشرع عند صياغة النصوص ومن ثم يجب أن تنتظم بقواعد خاصة.

ويرجع السبب في تأخر القانون بوضع تقنين تنظيمي للتعامل على الأرحام أنه لم يكن من المتصور حدوثها وقت وضع التقنين الحالي ، لأنها من نتاج المستحدثات الطبية الحديثة في مجال بيولوجي الإنجاب والتي تضيف الجديد في هذا المجال في كل حين ، مما يلقي علي عاتق واضعي القانون أعباء إضافية في البحث والتمحيص لاستيعاب هذا الجديد في القوالب القانونية التقليدية والمعروفة

فالفقرة الأولى من المادة السابقة تنص علي أن الأصيل في الوكالة أن تكون بدون أجر ، وأن دفع الأجر وأن كان علي خلاف الأصل إلا أنه جائز كما نصت علي ذلك الفقرة الثانية.

ويمكن الاستعانة بالقواعد العامة في ذلك فنحن نعيش في بلد إسلامي وبالرغم من ذلك تمارس فيها تجارة الخمر رغم عدم مشروعيتها والتي تعتبر محرمة عند الشريعة الإسلامية ولكن وضع القانون نظاما وتقنيها لها ووضع جزاءات قانونية تجرم من يتعدى على هذا التقنين بصورة مهينة وترك الخيار على من يتداولها بشرط عدم تجاوز النظام القانوني الذي وضعه القانون ويرجع السبب في ذلك أن المشرع لم يخلط بين السبب القصدي أي سبب الالتزام وسبب العقد أي السبب الدافع إلى تعاقد الزوجين مع صاحبة الرحم المستخدم هو الرغبة في الحصول على الطفل وهي رغبة في حد ذاتها مشروعة وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل التزام صاحبة الرحم بتسليم الطفل عقب ولادته لأبويه البيولوجيين.

وتجدر الإشارة هنا إلى تقارب أحكام عقد الإيجار من عقد الرحم المستخدم، الأمر الذي أدى إلى الاستفادة من الوضع القانوني لعقد الإجارة والجهالة خاصة فيما يتعلق بالإحكام الخاصة بالتضمنين في الفقه الإسلامي والتي يعبر عنها في القانون المدني بالتعويض وتكون صاحبة الرحم المستخدم مسئولة مسئولية عقدية لا عن فعلها الشخصي فحسب بل عن فعل رحمها (نتاجه من أطفال) ولو أن مسئوليتها تكون في الواقع محققة.

هذا لو سلمنا بوجهة النظر التي ترى أن المرأة مجرد وعاء، وأنه لا يوجد مانع من تأجير رحمها لأن الرحم في جسدها أي تحت حراستها وهي مسئولة عنه، ومن أجل ذلك يعتبر فعلها شخصياً للمتعاقد ولما كان (وجود نقطة الأمشاج) في حراستها وتحت عنايتها يجعل أي تصرف لها منسوباً إليها فإن فعل أي شيء في هذه الحالة يعتبر فعلاً شخصياً لصاحبة الرحم المستخدم، فتكون مسئولة عن النتيجة الإنجابية التي هي أساس تعاقدتها والذي في حراسته مسئولية عن فعلها الشخصي، وبالنسبة لموضوع الالتزام في عقد إيجار الرحم في حالة إذا كان بدون عوض أو بعوض تكون صاحبة الرحم المستأجر فيه طرفاً أساسياً ويكون التزامها هو بذل جهد معين ببذل عناية وتحقيق نتيجة فيكون التنفيذ والنتيجة تحققاً.

"وإتماماً منا للفائدة المرجوة عما سبق يتضح أنه بالرغم من العلاقة التي تنشأ بين صاحبة الرحم المستخدم والأبوين البيولوجيين يمكن لها أن تأخذ صفة

تعاقدية ذات طبيعة خاصة تميزها عن سائر العقود السابق ذكرها فى صورة عقد غير مسمى يخضع إلى نطاق النظرية العامة للعقود إلا أنه لا يمكن إلحاقها بأي من العقود السابقة وذلك للاختلافات الجوهرية التى سبق وأن أوضحناها وعلى سبيل المثال وليس الحصر عدم استيعاب القوالب العقدية للنطف الأدمية كمحل مشروع لها نظرا لطبيعتها الغير مالية مما يؤدي لعدم مشروعية ركن المحل والسبب القصدي أي سبب الالتزام.

وكذلك اختلافها عن طبيعة وخصائص العقود المسماة سواء أن كانت ملزمة للجانبين مثل بطلان البيع لأنه ما دامت شروط البيع لم تتوافر من قابلية المحل لحكم العقد وكونه مما لا يباح الانتفاع به شرعا لعدم إقرار الشرع بماليته، وملزمة لجانب واحد والتي ترد على الانتفاع بالإضافة إلى الجهد الإنساني وهو وأن كان لا يخرج في مجمله عن قواعد القانون العامة الأمر الذي منحه إستقلالا في الأحكام التي يجب أن تخضع لها كافة المسائل المتعلقة به ابتداء من كيفية انعقاده وصياغة أركانه وانتهاء بترتيب الآثار تتسم بطبيعة خاصة ينتج عنها ميلاد طفل لذلك نوصى المشرع المصري بوضع نصوص قانونية وذلك على غرار تجارة الخمور... باعتبار أن هذا العقد متداول بالفعل بين الأشخاص وعلاجا للآثار المترتبة عليه لأن تركه فى قائمة العقود الغير مسماه سوف يطيح الفرصة لضياع حقوق الأشخاص ذات النفوس الضعيفة لتفاوت مراكز أطراف العقد ما بين قوة وضعف ولأشتراك غير الاطراف فى هذه العملية كالطبيب الذى يساهم فى وضع النطف فى غير مكانها بالنسبة لأصحابها الامر الذى يحتم علينا دراسة طبيعة العلاقة مع الطبيب فى المبحث الثانى وذلك من خلال التعامل على الرحم وعقد العلاج ثم. الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب فى عقد العلاج الطبى فى المطلب الثانى ثم مسئولية الطبيب القائم بالعملية فى المطلب الثالث وأخيرا علاقة الأطراف بالطبيب والمستشفى عقدا من نوع خاص ثم المطلب الرابع إن شاء الله تعالى.

المبحث الثاني طبيعة العلاقة مع الطبيب

تمهيد وتقسيم:

لقد بات واضحاً لنا ما خلفته المستجدات والنوازل الطبية من الأساليب العلاجية الحديثة التي صاحبته بعض المخاطر التي لم تكن متوقعة من قبل مما أثر على التفاعلات الاجتماعية بين العلاقات وذلك يرجع إلى اعتبار هذه التفاعلات المحرك الرئيسي والمؤثر لاي مجتمع بالإضافة إلى إسهام القانون في إيجاد تنظيم يحل جميع المشكلات المترتبة على هذه النوازل، وذلك من خلال الدراسات القانونية على الواقع الاجتماعي بسلبياته وإيجابياته وهذا لتلاشي الجمود الفكري والوقوف أمام النظريات العتيقة دون مساهمة كل ما هو مستحدث.

ومن هنا تبرز أهمية دراسة الشكل التعاقدي بين الزوجين والطبيب في عمليات استخدام الأرحام لحساب الغير أصحابها التي اقترن استعمالها بمخاطر كثيرة بصرف النظر على عدم مشروعية هذه العملية لأنها من الواقع العملي موجودة وتمارس بالفعل مما يقودنا هذا إلى السؤال التالي - هل يعد الإنفاق بين الطبيب والزوجين في إجراء عمليات تأجير الأرحام ضمن العقود العلاجية أم أنها تندرج تحت مسمى أيا من العقود المنصوص عليها في القانون المدني أم عقد من نوع خاص؟

وانطلاقاً مما سبق نجد أن التقدم العلمي الذي يشهده العالم الآن في طرق الإنجاب الصناعي بجميع أشكاله لم يتبعه تطور موازى أو مماثل في المجال القانوني الذي ينظم الشكل القانوني بين أطراف العلاقة خاصة فيما يتعلق بالالتزام الواقع على مراكز النطف أو الطبيب، وهل هو التزام محدد بنتيجة معينة، ينبغى على الفريق الطبي تحقيقها، وإلا كان مخالفاً بالتزام ناشئ عن العقد؟ أم هو مجرد التزام طبي عام ببذل عناية يقظة، تتفق مع الأصول المستقرة في علوم الطب؟

ومن ثم ساعد ذلك على بلورة هذه العمليات لكي تكون مجالاً خصياً للنزاعات الطبية من خلال لجوء الزوجين إلى الطبيب أو مراكز الإخصاب

الصناعي رغم التنظيم القانوني الذي وضعت به بعض الدول المؤيدة لأجراء تأجير الأرحام.

ومتى لجأ الأشخاص إلى الأطباء بحثاً عن الإنجاب بوسيلة استعارة الأرحام البديلة فإنه تنشأ بين الطبيب والزوجين وصاحبة الرحم البديل علاقة تعاقدية أو أى أن كان نوعها هذا سوف ما نتناول أن شاء الله فيما بعد. هذه العلاقة توجب على عاتق كل من طرفيها العديد من الالتزامات التي ينبغي القيام بها ، وهذا هو ما أثار التساؤل عن مدى مشروعية تصرف الشخص في نطفه الآدمية أو أعضائه التناسلية كالأرحام.

ومما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية والشرائع السماوية الأخرى اهتمت بحماية الإنسان وحفظ نفسه وجسده والدليل على ذلك أنها وضعت عقوبات رادعة وزاجرة لمن تسول نفسه بالمجارة على الجسد الإنساني وعلى أثر هذه الحماية التي وضعت سوف نقوم بدراسة موقف الطبيب القائم في عمليات تأجير الأرحام تفصيلاً أن شاء الله تعالى من خلال طبيعة العقد بين أطراف علاقة تأجير الرحم والطبيب.

المطلب الأول

التعامل على الرحم وعقد العلاج.

أولاً / هل يتوافر لعمليات التعامل على الأرحام ، ما يبرر إباحتها فيعد من قبيل الاستثناء علي مبدأ حظر المساس بعصمة الجسم من عدمه قياساً على الجراحة التجميلية المترتبة على الحالة النفسية للمريض ومن ثم يكون الهدف من إجرائها هدفاً علاجياً أم لا ؟

يرى بعض من الفقهاء أنه لا مانع من إجراء الجراحة التجميلية بشرط إذا أثرت حالة المريض على صحته النفسية ولاشك في أن الاستثناء الوارد علي هذا المبدأ تبدو المصلحة المشروعة فيها واضحة ، كما هو الحال في مصلحة العلاج والتداوى التي تبيح المساس بجسم الإنسان ، بقصد المحافظة علي الصحة الموجودة ، أو رد الصحة المفقودة إتباعاً لأمر الشرع بالتداوى ، ولتحقيق المصلحة الفردية والاجتماعية علي السواء.

وبالتالي فيكون الهدف من إجراء الجراحة التجميلية علاجيا ومن هنا ظهرت أوجه اختلاف واتفاق في نفس الوقت مما جعلنا نطرح مدى إمكانية قياس العملية الأخيرة على تأجير الأرحام بالرغم من أننا نرى أن تأثير الضرر النفسي المترتب على إباحة بعض الفقه إلى إجراء عمليات الجراحة التجميلية شبيه بالضرر النفسي المترتب على عدم الإنجاب وبالتالي الاضطرار إلى إجراء عملية تأجير الأرحام فعنصر الإيذاء النفسي متوفر في الحالتين إلا أنه هل هذا كاف للجوء إلى إجراء مثل هذه العمليات؟ هذا بالنسبة إلى أوجه الإنفاق.

أما وجه الاختلاف عندما أباح بعض الفقهاء عمليات التجميل كان أساس الإباحة أنها من ضمن عقود العلاج الطبي المتوفرة فيه جميع مقومات العقد بين المريض والطبيب من مشروعية وضرورة، ومطابقة لمذلول العمل الطبي الذي نص عليه القانون الفرنسي علي مراحل متعددة، ظهر فيها تطور في تحديد مداولة متدرجه في هذا الصدد من التضييق إلى التوسع، ففي ظل قانون مزاولة مهنة الطب في فرنسا في ٣٠ نوفمبر ١٨٨٢، نجد ان نطاق العمل الطبي قد اقتصر علي الاعمال اللازمة لعلاج المرض فقط، ثم امتد بعد صدور قانون الصحة العامة في ٢٤ سبتمبر ١٩٤٥ والمعدل في ١٥ أكتوبر ١٩٥٣ ليشمل الفحص والتشخيص ايضا، ثم امتد نطاق مدلول العمل الطبي إلى الاعمال المهنية الاخرى التي حددها قرار وزير الصحة الفرنسي في ٦ يناير ١٩٦٢، والذي لحقه من التعديلات التي كان اخرها في يوليو ١٩٧٩، مضيفا الي ذلك أعمال الوقاية من المرض، وكذلك تأكيداً لما سبق ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بأنه: (يعد مزاولة لمهنة الطب دون ترخيص كل من يقوم بتشخيص الأمراض) فالتشخيص لا يتم إلا بعد الفحص الكامل لجسم المريض، ويتم الفحص بوسائل مختلف نشأت عن التطور الهائل في العلوم الطبية لذا قضت محكمة النقض في أحكامها الحديثة بمعاينة من يقوم بإجراء فحوصات طبية أو تحاليل، أو تشخيص أو علاج الأمراض بدون ترخيص بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (٣٧٢) من قانون الصحة العامة.

وهذا بخلاف عمليات تأجير الأرحام التي تفتقد من الاصل النظام القانوني لممارسة العمل الطبي لها.

مما أدى الى ظهور اختلافات بين آراء الفقه والقضاء، والتشريعات في ظل الأنظمة القانونية في مجال البحث عن أساس مشروعية تدخل الأطباء أو مراكز التخصيب الصناعي، للقيام بعمليات تأجير الأرحام، ولعل هذا الاختلاف والتباين حول الأساس القانوني لإباحة الأعمال الطبية بصورة عامة يخدمنا في مدى إمكانية قياس عمليات إستخدام الأرحام البديلة داخل مدار مهام العمل الطبي^(١).

- فإستند البعض إلى توافر حالة الضرورة للطبيب في ممارسة هذه الأعمال

كأساس لإباحة التعامل على الأرحام

- واستند البعض الآخر إلى ضرورة رضا^(٢) المريض لممارسة التعامل على الأرحام.

(١) يؤخذ على العمل الطبي عدم وجود معيار نوعي محدد لمداولة وتحديد هذه المهنة للعمل الطبي الذي يمكننا من الرجوع عليه بمعنى أن مجال العمل الطبي من أكثر المجالات انتشارا وابتكارا كل صباح يوم جديد يصحبه تقريبا اكتشاف أو ابتكار جديد وطبعا غالبا ما يمس الجسد الانساني فحصر هذا من الصعب جدا والصعوبة هنا تنحصر في أن العلم بهذه الابتكارات يكون للأسف بعد تطبيقها (في الغالب على دول العالم الثالث) بفترة من الزمن وعندئذ يصعب صدها والحد من ممارستها ونقصد هنا بالمعيار النوعي المحدد أي ما المعيار الذي يحدد ما يمكن تطبيقه على الإنسان أو ما يمكن تطبيقه على الحيوان أي الذي يعطى مواصفات تطبيق العمل الطبي له يعني، في البداية كان من المفترض أن موضوعي الأرحام المستأجرة يطبق على الحيوان وللأسف تغفل حتى وصل إلى الإنسان في الخفاء

أما عن الدول التي لا تبيح عمليات الإنجاب الصناعي التي تساهم به بنطف الغير لأن ممارسة هذه العمليات يستدعي فريق طبي وليس طبيب واحد تدخل أطباء متخصصين في المعامل، أثناء فترة التخصيب وكذلك أطباء نساء وتوليد لمتابعة الحمل يليها الولادة فإين هنا تطبيق معيار العمل الطبي الذي وضعته نقابة المهن الطبية والذي يمكن الرجوع عليه نغنى أنه لا يكفي وجود لوائح نقابية تبيح وتحرم ولكن متابعة الحالات التي تمارس في ظل الأعلام السمعي والرئي لآبد من مواصلتها حتى نصل إلى جذورها ونقطعها أيضا بنفس الطريق التي انتشرت به ونعتقد أن دور نقابة المهن الطبية كبير في هذا الموضوع حتى أنه وصل الحال إلى وجود نزاع فكري حول هذه العمليات، لمعرفة هل هي من الأعمال الطبية أم لا؟

(٢) إلا أننا نرى أن الرضا على مطلقه لا يصلح أن يكون وحده أساسا لإباحتها، إذ لا يمكن أن يكون الرضا شرطا وأساسا في الوقت ذاته.

أن التعلل على اشتراط توافر الرضا مطلقا ومنفردا دون وجود العناصر الأخرى كأساس لإباحة الأعمال الطبية سوف يفتح الباب أمام غير الحاصلين على ترخيص قانوني لمباشرة الأعمال الطبية بممارسة مهنة الطب استنادا إلى رضا المرضى ووهذا لا يعقل لن ذلك سوف يعطى الفرصة لغير المتخصصين في العمل الطبي بممارسته بناء على رضا المريض.

رغم أن رضاء المريض يعد شرطاً جوهرياً لإباحة الأعمال الطبية، ووضعها موضع التطبيق العملي^(١).

إلا إننا نرى أن الرضا على مطلقه لا يصلح أن يكون وحده أساساً لإباحتها، إذ لا يمكن أن يكون الرضا شرطاً وأساساً في الوقت ذاته أن التعلل على اشتراط توافر الرضا مطلقاً ومنفرداً دون وجود العناصر الأخرى كأساس لإباحة الأعمال الطبية سوف يفتح الباب أمام غير الحاصلين علي ترخيص قانوني لمباشرة الأعمال الطبية بممارسة مهنة الطب استناداً إلى رضاء المريض.

كما يرى البعض^(٢) أن قيمة رضا الفرد في حالات المساس بسلامة الجسد وعصمته محدودة لذلك يكاد ينعدم أثر الإرادة في هذا الشأن لتعلقه بمصلحة المجتمع وبنظامه العام هذا وقد ذهب القانون المصري إلى مادة ٢٦١ - كل من أسقط عمداً امرأة حبلي بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلايتها عليها سواء كان رضائها أم لا يعاقب بالحبس.

مادة ٢٦٢ - المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها.

- كما استند البعض إلى بمجرد انتقاء القصد الجنائي للطبيب يكفي لممارسة

التعامل على الأرحام.

في حالة الوفاة أو حدوث أي ضرر لصاحبة الرحم المستأجر من جراء عملية تأجير رحمها في أي مرحلة من مراحل العملية منذ زرع النطف بداخلها حتى الوضع على أطراف علاقة الرحم المستأجر (الزوجين أصحاب النطف والطبيب القائم بالعملية) باعتبار المسئولين عن الجريمة مع الأخذ في الاعتبار انتقاء القصد الجنائي لدى الطبيب والزوجين وفي الوقت نفسه رغبة الزوجين في الإنجاب أي سبب العقد مشروع ولكن محل العقد يعتبر غير مشروع أما بالنسبة إلى الطبيب فمحل عقده والتزامه غير مشروع وعلى هدى ما تقدم.

(١) د/ أحمد شرف الدين - المرجع السابق ص ٤١.

(٢) د/ انس إبراهيم بشار - تغيير الجنس وأثره في القانون المدني والفقه الإسلامي - المرجع السابق - ص ١٠٩.

ثانيا - هل يمكن معاقبة الطبيب وحده باعتباره المسئول والشريك من جراء ما قد يحدث فى هذه العملية؟

ذهب البعض إلى أن أصل إباحة الأعمال الطبية يرجع إلى فكرة انتقاء القصد الجنائي لدى الطبيب عند قيامه بممارسة مهنته الطبية، وتأدية واجبه نحو المرضى^(١)، ومن ثم كانت أعماله التي يمارسها علي جسم المرضى مباحة لشرف قصده، ونبل غايته التي تتمثل في إزالة العلة وشفاء الداء، وتخفيف الألم بقدر الأمكان، فما ينتج عن تدخل الطبيب من نتائج ضارة لا يستهدف الطبيب من ورائها الانتقام من المريض، ولا يقصد من ورائها إلحاق الأذى به.

انطلاقا مما سبق هل يمكن تطبيق نص المادة ٤٢ من القانون المصري والتي تنص على " إذا كان فاعل الجريمة غير معاقب لسبب من أسباب الإباحة ولعدم وجود القصد الجنائي أو لأحوال أخرى خاصة به وجبت مع ذلك معاقبة الشريك بالعقوبة المنصوص عليها قانونا".

نحن لا نسلم بأن انتقاء القصد الجنائي للطبيب يعد الباعث لإباحة الأعمال الطبية، حيث أن قصد الشفاء الذي يتغيه الطبيب لا يمكن أن يكون وحده أساسا لإباحة العمل الطبي^(٢)، ولذلك يرد علي هذا الاتجاه الانتقادات التالية :

- ١ - أنه يؤدي إلى الخلط بين القصد الجنائي والباعث.
- ٢ - كما أنه يؤدي إلى الخلط بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية، فرغم التشابه بينهما من حيث الأثر، إلا أن هناك اختلافا يتمثل في كون الأثر المترتب علي أسباب الإباحة ذا طبيعة موضوعية بخلاف الأثر المترتب علي موانع العقاب فهو ذو طبيعة شخصية أو ذاتية ولذلك لم تتوقف أسباب الإباحة علي العلم بها

- ٣ - أن القصد الجنائي يقوم علي أمرين، أحدهما: العلم بأن الفعل من شأنه المساس بسلامة الجسم والآخر: اتجاه الإرادة إلى الفعل وما يترتب عليه

(١) د/ محمد فائق الجوهري: المسئولية الطبية فى قانون العقوبات ١٩٥٢ ص ٩٥ - ٩٧

د/ عصام احمد محمد - المرجع السابق ص ١١٢: ١١١.

(٢) د/ رياض الخانى - المرجع السابق - ص ١٠.

وهما أمران متوافران لدى الطبيب فكيف نسلم بانتفاء القصد الجنائي^(١) ولو سلمنا بانتقاء القصد الجنائي كأساس لإباحة الأعمال الطبية، فإنه سيطيح الفرصة لكل من يمس جسم المرأة بغرس نقطة الغير برحمها مقابل المال أو الشهرة بالتذرع بانتقاء قصده الجنائي، وكذلك سيكون هذا مبررا لممارسة الطبيب لعمليات الإجهاض مثلا حتى ولو لم يكن من المرخص لهم بمزاولة مهنة الطب مما يؤدي إلى الإخلال بالنظام القانوني لمهنة الطب^(٢).

- وأستند البعض الآخر إلى ضرورة الترخيص القانوني^(٣) للطبيب لممارسة الأعمال الطبية على جسم المريض ونضيف من جانبنا بعضا من العناصر القانونية الهامة مثل: المشروعية كأساس مختار لإباحة الأعمال الطبية.

هل يعد الاتفاق بين الطبيب والزوجين في إجراء التعامل على الأرحام ضمن العقود العلاجية أم أنها تندرج تحت أي مسمى من العقود المنصوص عليها في القانون المدني؟

مما لا شك فيه أن هناك علاقة تنشأ بمجرد توجه المريض إلى الطبيب طالبا منه القيام بعلاجه عندئذ تظهر علاقة عقدية مع هذا الطبيب تتمثل في عقد العلاج الطبي. هذا في حالة تدخل الطبيب لغاية علاج المريض أي لمصلحة مشروعة^(٤).

(١) د/ محمود عبد العزيز الزيني - مسئولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العزري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مؤسسة الثقافة الجامعية - ١٩٩١ - ص ١٨٠.

(٢) سميرة عايد الديلت - المرجع السابق ص ٦١.

(٣) لا نسلم بأن الترخيص القانوني هو أساس إباحة الأعمال الطبية، بل هو شرط من شروط مزاولة المهنة حيث أن رخصة مزاولة مهنة الطبيب لا يمكن أن تكون وحدها أساسا لإباحة العمل الطبي، فلا بد من توافر عنصر المشروعية بالإضافة إلى عنصر الصلاحية القانونية أي الترخيص الذي يمنحه القانون للطبيب لمزاولة مهنة الطب. فيعد الترخيص قيذا وشرطا على إباحة ممارسة الأعمال الطبية ففي جميع الأنظمة القانونية - ومن بينها مصر وفرنسا - يتم منح مجموعة من الأفراد ذوي الصلاحية المحددة قانونا مكنة مباشرة الأعمال الطبية متى توافرت فيهم الشروط التي يتطلبها القانون للحصول على الترخيص بمزاولة مهنة الطب.

(٤) ويذهب الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا إلى اعتبار هذا العقد من العقود غير المسماة. ولم يقم المشرع بوضع تنظيم كامل لهذا العقد رغم أهميته وتعاضله شأنه في الواقع العملي ومساسه بالكيان البشري وعصمة جسده الذي توليه النظم القانونية المختلفة مزيدا من العناية والاهتمام. وإزاء هذا القصور التشريعي كان من الضروري اللجوء إلى تطبيق القواعد العامة التي تحكم الاتفاقات الخاصة بالمهن الحرة.

وبناء على ذلك فإن العلاقة العقدية فى عمليات الإنجاب باستئجار الأرحام، تكون مشروعة فى ظل قوانين الدول التى تتيح إجراء هذا النوع من العمليات الجراحية.

وتلقى العلاقة التى تنشأ بين أصحاب الشأن والطبيب، والتى يمكن أن يطلق عليها عقد العلاج أو الاستشفاء، على عاتق طرفيها العديد من الالتزامات المحددة وغير المحددة، التى تختلف طبيعتها تبعاً لتوافر عنصر الاحتمال فيها من عدمه. ويتم الوفاء بهذه الالتزامات طوال مراحل تنفيذ عقد العلاج، باعتباره من العقود الزمنية التى يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيها طال أو قصر، تبعاً لحصول الشفاء وتحقيق الغاية من إبرام هذا العقد. ومن الطبيعى أن يتم إبرام هذا العقد على مراحل مختلفة؛ فتبدأ بمرحلة ما قبل التعاقد التى تتمثل فى إجراء الفحوصات والتحليل بالنسبة لصاحبة الرحم المستاجرو نزع النطف وتخصيها بالنسبة لأصحاب النطف (الزوجين) ومعرفة الحقوق والالتزامات لكل طرف من أطراف العقد بناء على الاتفاق المبرم بينهم ومرحلة التنفيذ أى بعد الفرز المتمثلة فى الحمل ذاته، ثم بمرحلة التسليم أى ما بعد الولادة.

ثالثاً: محل عقد العلاج الطبي للتعامل على الرحم ومدى مشروعيته:

هناك سؤال يفرض نفسه، هل يصلح أن يكون التعامل على الرحم محلاً لعقد العلاج الطبي؟ مع الأخذ فى الاعتبار أن الإنسان يتمتع بحرمة وعصمة تتعلق بالنظام العام: بحيث يبطل كل اتفاق ينتهك هذه الحرمة؟

لاشك فى أن قوانين الدول التى تتيح إجراء هذا النوع من عمليات تأجير الأرحام ستكون العلاقة العقدية مشروعة وبالتالي يسلم بكافة الآثار المترتبة عليها، فإنه يجوز أن تكون هذه الأعمال محلاً لعقد علاج طبي^(١) بشرط

- د/ حسن زكي الأبراشي: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - ١٩٥١ - ص ٩٩، د/ عبد الرشيد مامون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - ص ١١٦

Thierry Vansweevelt: La Responsabilite Civile du Medecin et de l'Hopital, 1996, Bruylant, Bruxelles, p. 27

(١) يعد محل العقد عنصراً جوهرياً، لا يتم عقد العلاج بدونه. ويعرف محل العقد بأنه: العملية القانونية التى يريد المتعاقدان تحقيقها عن طريق التراضي. ويختلف محل العقد عن محل.

مشروعية محل الالتزام وعلى هذا يكون محل الإلتزام فى عقد العلاج الطبي ، هو إلتزام الطبيب ببذل عناية يقظة ، تقتضى منه بذل جهود صادقة فى سبيل إتمام هذه العملية ، وفى المقابل المالى الذى يلتزم المريض بدفعه للطبيب. ولذلك ، كان من الضروري أن يكون محل الإلتزام ممكناً. فينبغى أن يكون إلتزام الطبيب فى عقد العلاج الطبي لتغيير الرحم ممكن وإلا كان العقد باطلاً. ولا يتحقق وصف الأمكان إلا إذا كان الفريق الطبي (متعدد الاختصاصات من أطباء تخصيب ومراكز حفظ النطف وأطباء نساء وتوليد) ، قادراً على تحقيق إنجاب الطفل من الرحم المستأجر. فيلتزم الفريق الطبي عندئذ ، ببذل عناية يقظة ، وتقديم العلاج المناسب لصاحبة الرحم المستأجر ، بما يتفق مع أصول مهنة الطب.

أما إذا كان النظام القانوني يحظر إجراء هذه العمليات ، ولا يسلم بمشروعية الآثار المترتبة عليها ، لعدم تسليمه بالهدف العلاجي فيها ، لانعدام الضرورة الطبية أو الدواعي الخلقية ، فإنها لا تصلح أن تكون محلاً لعقد العلاج الطبي ، لمخالفتها للنظام العام ، ولعدم توافر شروط إباحة العمل الطبي ، والتي من أهمها إذن القانون ، الذى يعد شرطاً أساسياً للقول بإباحة عمل الطبيب.

وأما محل عقد العلاج فى الفقه الإسلامى فهو الإجارة على القيام بالعمل الطبي المتفق عليه ، أو المقرر له جعلاً معيناً من قبل المريض لطبيبه. ذلك أن عقد العلاج يعد من عقود الإجازة ، أو الجهالة على مجهول عند بعض الفقهاء. ولذلك ' فإنه يشترط لصحة الإجارة ومحلها ، المنفعة ، علماً يرفع الجهالة المفضية إلى النزاع^(١) ومن ثم ، ينبغى على العاقدين أن يقوموا بتحديد العمل الطبي والجراحي ، وبيانه على وجه ترتفع به الجهالة.

الإلتزام كأداء يجب على المدين القيام به لمصلحة الدائن وعلى ذلك ، يكون محل عقد العلاج الطبي لتأجير الرحم هو القيام بالأعمال الطبية والجراحية ، وأداء الخدمات الطبية صاحب الشأن ، بتراضى الطرفين على ذلك. وتنصب هذه الأعمال الطبية على جسم الإنسان ، وتمس سلامته ، وتتعلق بالأعضاء التناسلية ذات الوظيفة الجوهرية فيه. ولما كان جسم آدمي غير صالح للتعامل ، ويحظر المساس به ، فإنه يشترط فى الإلتفاق على المساس به أن يتم بهدف تحقيق مصلحة علاجية مشروعة وهذا غير متوافر فى إيجار الرحم.

(١) بدائع الصنائع - ٤ / ١٧٩ ، ١٨٠ ، المهذب للشيرازى - دار الفكر ١ / ٣٩٥ ، ٣٩٦ / جواهر العقود ١ / ٢٥٨.

فيقومان بتحديد نوع العمل الطبي ومحله ، وما يلزم المريض من خدمات طبية ، وعناية مناسبة ، فضلاً عن المكان الذي سيتم فيه ممارسة العمل الطبي . وفي الجملة ، عليهما الإتفاق على ما يؤدي إلى قطع النزاعات المستقبلية ، حتى يمكن لكل من الطرفين القيام بعمله المتفق عليه في العقد دون تعدى أو إجحاف . وبناء على وجهة نظر الشريعة الإسلامية ، فإن جواز إبرام عقد العلاج الطبي يتوقف على المحل الذي يرد عليه العقد فإن كان وارداً على الإلتزام بعلاج موضع في حاجة إلى العلاج كان العقد صحيحاً ، وإلا فلا يجوز إستئجار يد صحيحة ، وما في معناه ، ككل عضو سليم من آدمي ؛ أما العيلة فيصح الاستئجار لعلاجها^(١) أياً كان نوع العلاج . وبناء على ذلك نعتقد أنه لا يجوز إبرام عقد علاج طبي بين أطراف عقد إيجار الرحم ، لما في هذا النوع من العمليات الطبية من تعدد خطير للجسم ، واعتداء على سلامته ، وتحد على مشيئة الله _ عز وجل _ .

ولما كان حرمة وعصمة الإنسان تتعلق بالنظام العام ، فإن أى إتفاق ينال من هذه العصمة ، أو ينتهك تلك الحرمة يكون باطلاً . وإزاء هذا التباين في موقف الطبيب إلتزامه بتعويض ما لحق المريض من ضرر تبعاً لما . وبناء على ذلك يمكن القول بأن مسئولية الطبيب في الفقه الإسلامي في عمليات تأجير الأرحام تكون عقدية بناء على عقد العلاج الذي ينعقد بإيجاب وقبول بإذن صاحبة الرحم المستأجر بأجراء أعمال طبية بغرس نطف أمشاج زوجيين آخرين داخل العضو التناسلي المتمثل في الرحم غير أن الطبيب لا يضمن ما لحقها من ضرر سواء تمثل في إحداث علة بالأعضاء التناسلية الأصلية... إلى غير ذلك من الأضرار وذلك متى كان الطبيب حاذقاً في مهنته وأدى عمله الطبي وفق ما تقتضيه صناعته غير متجاوز لأصولها أو مقصر في أدائها ، لأنها أضرار لحقت صاحب الشأن من فعل مباح مأذون فيه ، دون خطأ أو تقصير . أما إذا كان غير حاذق بأصول تخصصه المهني فإنه يضمن ما لحق المريض من ضرر طبقاً لقواعد المسئولية العقدية لأن

(١) تاج والاكليل ٤٢٢ / ٥ ، روضة الطالبين : ١٨٤ / ٥ ، مغنى المحتاج : ٣٣٧ / ٢ ، جواهر العقود ٢١٠ / ١ .

الإذن يفيد التراضي الذي هو قوام العقد الطبي^(١). فإذا لم يأذن له المريض أو ذويه كان الطبيب متعدياً فيضمن ما يلحق المريض من ضرر مسئولية تقصيرية. رابعاً/ هل يكفي توافر عنصر السبب في عقد^(٢) العلاج الطبي للممارسة التعامل على الرحم:

يرى فيرى Carbonnier^(٣) أن حرية الشخص في التصرف بجسده مشروطة بالسبب الذي يجب أن يكون مشروعاً حيث أن القانون يأخذ بعين الاعتبار ويشكل كبير الهدف المتوخى من قبل المتعاقدين.

وتطبيقاً على ذلك يعتبر السبب الدافع إلى تعاقد أطراف علاقة الرحم المستأجر مع الطبيب هو الرغبة في تنفيذ الإتفاق المسبق بينهم من الناحية الفنية للحصول على الولد وهذه رغبة في حد ذاتها مشروعة وكذلك محل إلتزام الطبيب بإجراء العملية تحت المواصفات الطبية مع توافر بذل العناية اليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب لصاحبة الرحم عقب ولادتها وإنما الذي يبطل التعاقد هو عدم مشروعية محل الإتفاق نفسه وهو غرس نطف غريبة في رحم المرأة المستأجرة إذ هو بيد الله تعالى.

ومن ثم، فقد أثار التساؤل حول الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب في عقد العلاج، وعما إذا كان محددًا بنتيجة معينة، أم يقتصر على بذل العناية اليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب الحديثة؟

(١) سبل السلام: دار احياء التراث العربي - الطبعة الرابعة - ٢٥٠/٣.
(٢) يقصد بسبب العقد طبقاً للقواعد العامة، الباعث الدافع إلى التعاقد كما سبق وأن بينا. ويعتد سبب العقد في العقود التبادلية هو إلتزام كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، وهذا هو السبب المباشر، الذي لا يختلف من عقد لآخر. أما الفقه الحديث، فقد أضاف إلى ذلك سبباً آخر، هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

ولا خلاف بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي، من جهة ما يتصل بسبب عقد العلاج الطبي في عمليات تأجير أرحام، وعدم مشروعيتهما في ظل النظم التي لا تبيح المساس بالأعضاء التناسلية الطبيعية، التي تتسم بالثبات والحجية، المتعلقة بالنظام العام.

(٣) Mazeaud et Trunc, " Traite de responsabilitecivil" T, I, 1965, al 2529,

Carbonnier J., Droit c J., civil, introduction. les personnes, 16 ed. P. U. F 1987, 253.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب في عقد العلاج الطبي

زاد اهتمام الفقه القانوني بعد ظهور المستحدثات الطبية للإنجاب الصناعي بواسطة تأجير الأرحام في حالات عقم الأزواج على أثر انتشار هذه الأعمال في مختلف أنحاء العالم، خاصة في الأعوام الأخيرة، ووقف فقهاء القانون في غموض وحيرة بشأن معرفة هل هذه العمليات من ضمن الأعمال الطبية، وساد التخبط إزاء مشروعية هذه العمليات التي يمارسها بعض الأفراد، ومدى مطابقتها للنظام العام من عدمه، وهل عملية الإنجاب بواسطة تأجير الأرحام تتم بقصد تحقيق العلاج وبالتالي الشفاء من الأمراض النفسية نتيجة عدم الإنجاب أم لا؟ وما يترتب على ذلك في إنهاء المعاناة بالإنجاب الطفل المنتظر.

أولاً: ما هو مصدر التزام الطبيب تجاه أطراف علاقة الرحم المستأجر في عقد العلاج الطبي؟

هل العلاقة العقدية التي سبق وأن تكلمنا عنها هي مصدر الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب المتمثل في تقديم الخدمات الطبية، والرعاية اللازمة لعلاج المريض. وتحقيق مصلحته في الحصول على شفاؤه من علته، أو تخفيف مرضه قدر المستطاع مقابل الأتعاب التي يدفعها المريض أو من ينوب عنه وفي موضوع بحثنا غالباً يكون الزوجين أصحاب النطف البيولوجية.

وبالرغم من ذلك، ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن هذه الالتزامات قد حددتها القوانين واللوائح الخاصة بمهنة الطب. فممارسة هذه المهنة تفرض على الأطباء والجراحين مجموعة من الالتزامات المهنية المحددة، التي يلتزمون بها قانوناً. ومن ثم، إلتزام الطبيب ناشئ من النصوص القانونية التي تضمنتها اللوائح الخاصة بمهنة الطب.

ورغم صحة ما ذهب إليه الرأي السابق، إلا أنه يمكن القول بأن هذه الالتزامات رغم تحديدها بمقتضى القوانين واللوائح المتعلقة بممارسة مهنة الطب على النحو السابق، إلا أنها تأخذ الطابع العقدي إذا تم تنفيذها في إطار عقد علاج طبي بعيداً عن المستشفيات العامة. ومن المتفق عليه أن العقد لا يقتصر

على إلزام التعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام. وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٨/٢ مدني مصري).

وانطلاقاً مما سبق ، يمكن القول ، بأن هذه الإلتزامات تعد واحدة ، سواء أكان مصدرها العقد أم القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب. ورغم وحدة العقد ، في الحالتين ، فإنه من الضروري التعرض للفرقة بينهما ، وما يترتب على هذه الفرقة من آثار تتعلق بانعقاد المسؤولية القانونية ، التي تختلف طبيعتها من حالة لأخرى ، فتكون مسؤولية عقدية إذا استندت إلى عقد العلاج ، في حين تكون تقصيري إذا لم تستند إلى هذا العقد.

ويعد هذا العقد ، هو مصدر التزامات كل من الفريق الطبي والمريض. وهو عقد قائم على الاعتبار الشخصي ، يراعى فيه المركز المهني للطبيب ، وقدرته الفنية ، وخبرته الطبية. كما أنه من العقود التبادلية التي يعد إلزام كل طرف فيه في مقابل إلزام الطرف الآخر. غير أن هناك بعض الإلتزامات التي لا تجد مصدرها سوى في العقد ، كالإلتزام بالسلامة ، الذي أشتبطه القضاء من بعض العقود.

فقررت محكمة النقض المصرية أن : (إلتزام الطبيب وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض ، وإنما هو إلزام ببذل عناية ؛ إلا أن هذه العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة ، تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب ، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول ، كما يسأل عن خطته العادية أياً كانت درجة جسامته^(١) .

وهذا الموقف مشابه لموقف محكمة النقض الفرنسية التي قضت في العديد من أحكامها بأن إلزام الطبيب ليس التزاماً بشفاء المريض ، وإنما هو إلزام ببذل عناية.

(١) نقض مدني ٢١ ديسمبر ١٩٧١ مجموعة المكتب الفني - س ١٢ - رقم ١٧٩ ، وطعن رقم ٤٦٤ لسنة ٣٦ ق م.م. ف ٢٢ ص ١٠٦٢ (CD legal Encyclopedia V)
ersion 1, oa, 1996 - 1997 دائرة المعارف القانونية).

هل إلتزام الفريق الطبي أثناء إجراء عملية ، إستخدام الرحم لحساب الغير بنتيجة معينة ، ينبغى عليه تحقيقها ، وإلا كان مخلاً بإلتزام ناشئ عن العقد؟ أم هو مجرد إلتزام طبي عام يبذل عناية يقظة^(١).

ثانياً: ماهية الحقوق والواجبات التي تقترب على العقد المبرم بين الطبيب والزوجين:

أ- إلتزام الطبيب بالمحافظة علي أسرار المريض :

ويعد إلتزام الطبيب بالمحافظة علي أسرار المريض من الإلتزامات الدينية والمهنية والقانونية. فينبغي علي الطبيب الحفاظ علي أسرار مرضاه في كافة الظروف.

ما مدى نطاق أو حدود إلتزام الطبيب في المحافظة علي أسرار المرضى؟ يرى بعض الفقه أن نطاق الإلتزام بالمحافظة علي أسرار المريض نطاق نسبي، لأن الطبيب لا يكون ملتزماً بالصمت المطلق علي الدوام وفي أي ظرف من الظروف، بل له في حالات معينة أن يفشي سر مرضاه متى دعت إليه مصلحة عامة أو خاصة^(٢).

وفي عملية إيجار الرحم ، يلتزم الفريق الطبي بالمحافظة علي الأسرار التي يطلع عليها خاصة وأنها تمس جانباً شديداً الحساسية يتعلق بالحياة الاجتماعية والخصوصية لدى الأبوين البيولوجيين التي يجتهد أصحاب الشأن في إبقائها بعيداً عن متناول الغير، ولا يرغبون في الكشف عنها لأحد من قريب أو بعيد. غير أن الأوراق والمستندات الرسمية المتعلقة بشهادة ميلاد المولود تحتاج إلى إفصاح الأطباء عن بعض الأسرار المتعلقة بأصحاب الشأن سواء تمثل ذلك في صورة كتابية كالتقارير الطبية الخاصة بتسجيل اسم الأم بالرحم التي أنجبت أو الأم البيولوجية في شهادة ميلاد المولود أم في صورة شفوية عند الإدلاء بالشهادة أمام الجهات القضائية. عند حدوث نزاع ولا يعد الطبيب بذلك متجاوزاً حدود إلتزامه تغليباً لطابع المصلحة العامة أو الخاصة التي تكون في الغالب في مصلحة الطفل.

(١) Cass. 29 oct. 1968 , jCP 1969-i- 15799; cass 26 janv. 1970 , D1970 somm. 87

(٢) د / عبد الرشيد مامون: عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق — دار النهضة العربية ١٩٨٦ ص ٧٧ ، ٧٨.

ب - التزام الطبيب بالحصول على رضا حر ومستنير من قبل المريض أو أهله أو أقربائه :
نصت المادة (٢٢) من قانون الواجبات الأدبية الطبية الفرنسية على أنه :
(لا يجوز إجراء أي بتر أو استئصال دون سبب طبي معقول... ولا يجوز أن يتم ذلك إلا بعد إعلام أصحاب الشأن والحصول على رضائهم) ^(١).

فقد استقر الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا على ضرورة الحصول على رضا حر ومستنير من المريض أو أهله أو أقاربه بالموافقة على قيام الطبيب بإجراء مثل هذه الأعمال الطبية ^(٢)، والموافق على نتائجها والرضا بالآثار المترتبة عليها والتي أحيط بها عاما من قبل متى كانت مشروعة وغير متعارضة مع النظام العام.

وذلك يرجع إلى خطورة الأعمال الطبية التي تمس جسم الإنسان مما قد يؤدي بحياة المريض أو تصيبه بالعجز أو بفقد أحد أعضائه أو تعطيل منفعة كلها أو بعضها أو تفقده إحدى الوظائف الطبيعية في الجسم وأخيرا فإننا لا نسلم بكون رضا أطراف علاقة الرحم البديل أساسا لإباحة الأعمال الطبية التي تكون على النطف البشرية وذلك لما تتسم به من خطورة، سواء من حيث طبيعتها أو من حيث جسامه الآثار المترتبة عليها وهذا تطبيقا لرأى الشريعة الإسلامية.

ج - التزام الطبيب ببذل العناية اليقظة :

وقد استقر الفقه والقضاء في مصر وفرنسا على ضرورة قيام الأطباء بتنفيذ هذا الالتزام هذا وقد نص المشرع المصري ووضع النصوص ^(٣) الخاصة

(1) L'art. 22 du Code Francais de Deontologie Medicale: (Aucune mutilation ne peut etre pratiquée sans motif medical tres srieux et qu'apres information des interesses et avec leur consentement) , Versailles ١٧ , janv. 1991 , JCP 1992 – II – 21929 , obs. G. Memeteau.

(٢) أحمد عبد الكندري : نقل وزراعة الأعضاء - المرجع السابق - ص ١٥٠ ،
J.-P. Branlard: op. cit , p. 445 et 446 , n' 1313 et 1314

(٣) مادة ٢٣٦ - كل من جرح أو ضرب أحدا عمدا أو أعطاه مواد ضارة ولم يقصد من ذلك قتلا ولكنه أفضي إلى الموت يعاقب بالإشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى سبع. وأما إذا سبق إصرار أو ترصد فتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن.

مادة ٢٣٨ معدلة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢

بالتزام الطبيب ببذل عناية يقظة لطبيب في نفس مستواه المهني وتخصصه الطبي وفي نفس الظروف وأن يقصد من وراء هذه العناية تحقيق شفاء المريض وتخفيف علة بقدر الأمكان. سواء تم ذلك في إطار عقد علاج طبي أم لا. وتتطلب منه هذه العناية القيام ببذل جهود صادقة متفقة في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة^(١).

إذا كان الالتزام ببذل عناية يقظة من الالتزامات المتعلقة بالعمل الطبي نفسه فإن الالتزام بالسلامة أمر خارج عن نطاق العمل الطبي رغم اقترانه به ومعنى الالتزام بالسلامة: هو سلامة المريض من الأضرار التي قد تنجم عن الأدوات أو الأجهزة الطبية أو الأدوية التي يستعملها الفريق الطبي في العلاج^(٢).

— من تسبب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احتراز أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والغائمة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بأحدي هاتين العقوبتين. تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي خمس سنين وغرامة لا تقل عن مائة ولا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بأحدي هاتين العقوبتين. إذا وقعت الجريمة نتيجة إخلال الجاني إخلالاً جسيماً بما تفرضه عليه أصول وظيفته أو مهنته أو جرفته أو كان متعاطياً مسكراً أو مخدر عند ارتكابه الخطأ الذي نجم عنه الحادث أو لكل وقت الحادث عن مساعدة من وقعت عليه الجريمة أو عن طلب المساعدة له مع تمكنه من ذلك.

وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي سبع سنين إذا نشأ عن الفعل وفاء أكثر من ثلاثة أشخاص، فإذا توافر ظرف آخر من الظروف الوارد في الفقرة السابقة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي عشر سنين. ادة ٢٤٤ — مضافة بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ — الجريدة الرسمية العدد ١٦٨ الصادر في ١٩٦٢/٧/٢٥ م) من تسبب خطأ في جرح شخص أو إيدائه بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين والقرارات واللوائح والأنظمة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي سنة وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً أو بأحدي هاتين العقوبتين.

(١) عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي ١٩٦٦ / ص ٣٣٧، د/ محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، دار ابراهيم للطباعة ١٩٨٧ م - ص ١٢٨، د/ علي حسين نجيدة: إلتزامات الطبيب في العمل الطبي - المرجع السابق - ص ٥.

(٢) د/ محمد السيد عمران: الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود - ١٩٨٠ - ص ٣٩١، ٣٩٢.

وإتماماً لأهمية دور الطبيب وإبرازاً لما يوجبه من عناية يرى بعض الأطباء^(١) قد يتكرر فشل عمليات الحقن المجهرى لكن مع التطور العلمي المذهل فى أساليب هذه العمليات وتحديد أسباب الفشل لعلاجها فإن الأمل لا يزال موجوداً وهذا ما يؤكد موضحاً أن التشخيص الدقيق لأسباب الفشل فى كل حالة والتحضير الجيد قبل إعادة عمليات الحقن المجهرى هما العاملان الأكثر أهمية للنجاح ستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية فيحكم شهر لها فى يوم ٢٠ مايو ١٩٣٦ على أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاء الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة Soins consciencieux et attentifs التى تقتضيها الظروف الخاصة للمريض والتى تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدى ولو عن غير قصد ميلاد مسئولية من نفس النوع أى المسئولية العقدية^(٢)

ومن جهة أخرى فإن إلتزام الطبيب ينحصر ببذل عناية حتى لو تعلق الأمر بجراحة التجميل^(٣) وتطل مسئولية الطبيب تعاقدية حتى لو كان الرعاية والعلاج الطبي قد تمت بدون مقابل من جانب المريض أى على سبيل الود أو الصدقة^(٤).

ويترتب على اعتبار تلك المسئولية تعاقدية أن الدعوى تخضع للتقادم طويل الأجل (٣٠ سنة فى القانون الفرنسى) حتى لو شكل خطأ الطبيب مخالفة ذات طبيعة جنائية لأن الدعوى تنشأ عن عقد^(٥) على هذا فهى لا تتقادم بمرور ثلاث سنوات كالدعوة الناشئة عن الفعل الغير مشروع.

(١) الدكتور رواء مصطفى أستاذ امراض النساء وعلاج العقم واطفال الانابيب بكلية طب عين شمس وزميل الكلية الملكية بلندن وعضو الجمعية الأمريكية لطب التكاثر / جريدة الاهرام - ٧ مايو - ٢٠١٠

(٢) Cass. 20 Mai 1936 D. 1936. 1.88 note E. P. مشار إليه اد / محمد حسين منصور - المرجع السابق ص ١٤٢

(٣) parias 13. jan. 1959 D. 1959 P. 26. - مشار إليه اد / محمد حسين منصور - المرجع السابق ص ١٤٣

(٤) Bsancon 20 mars 1933 D. 292. مشار إليه اد / محمد حسين منصور - المرجع السابق ص ١٤٤

(٥) Req. 10 Sept. 1940 G. P10 Dec. 1940 - 7 مشار إليه اد / محمد حسين منصور - المرجع السابق ص ١٤٦

د. التزام أطراف علاقة الرحم المستأجر بدفع الأتعاب المتفق عليها للطبيب
عرفها بعض الفقه القانوني بأنها^(١): "المقابل المالي المعادل للخدمة
المقدمة".

وعرفها البعض بأنها: المكافأة المستحقة للطبيب لقاء الخدمات التي أداها
للمريض في إطار ممارسته فنون مهنته^(٢). ويعد التزام المريض بدفع الأتعاب في
مقابل ما يقوم به الطبيب من أعمال طبية دليلاً عالياً للطابع التبادلي لعقد العلاج
الطبي سواء قامت صاحبة الرحم بنفسها بدفعها أو الزوجين.
وإذا امتنع المريض عن تنفيذ التزامه بدفع الأتعاب كان للطبيب المطالبة
بتنفيذه جبراً عنه ومقاضاته لامتناعه عن أداء ما هو مستحق في ذمته طبقاً للقواعد
العامة. وإذا حدث نزاع بشأنها أو لم يتفق عليها أصلاً، خضعت لتقدير المحكمة
مع الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء مراعية في ذلك شهرة الطبيب وما عاد علي
المريض من نفع وفائدة^(٣).

ماذا يحدث لو أخل أطراف علاقة الرحم المستأجر في التزامهم بدفع
المقابل المتفق عليه في العقد مع الطبيب هل يحق للطبيب رفع دعوى عليهم
بموجب العقد المبرم بينهم أم لا يحق له ذلك باعتبار أن هذا الكسب غير مشروع
بناء على مخالفة هذه العمليات للأداب العامة وبالتالي سيطبق عليه قانون (رقم
٦٢ لسنة ١٩٧٥) في شأن الكسب غير المشروع^(٤) - مادة ٢:

"يعد كسباً غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لأحكام هذا
القانون لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو نتيجة لسلوك مخالف
لنص قانوني عقابي أو للأداب العامة" وأخيراً وبناء على ما سبق يتضح لنا:
أن الشرع جعل شرط استحقاق الأجرة في العمل الطبي الإذن فيما فعله
شرعاً لذلك لا يجوز أخذ الأجرة من منفعة محرمة.

-
- (١) د/ عبد الرشيد مامون: المرجع السابق - ص ٨٧.
(٢) د/ مجدي حسن خليل: الحماية القانونية لأتعاب الطبيب الحر - دار النهضة العربية -
٢٠٠٠ ص ٥.
(٣) د/ عبد الرشيد مامون: المرجع السابق - ص ٩١ : ٩٤ ، د/ محمد السعيد رشدي:
المرجع السابق - ص ٧٢ ، ٧٣ ، د/ مجدي حسن خليل: المرجع السابق - ص ٧ ، ٨.
(٤) الجريدة الرسمية - العدد ٣١ في ٣١ / ٧ / ١٩٧٥

الأصل حرمة أخذ الأجرة في الإجارة المحرمة وبالتالي حرمة أخذ الأجرة من الزوجين أو الراغبين بالإنجاب لأن العقد محرم، ومقدماته أيضاً محرمة.

الالتزام بدفع الأتعاب في الفقه الإسلامي: لما كان عقد الجهالة، الفقه الإسلامي من قبيل الإجارة أو الجهالة، فإنه يجوز للطبيب أخذ الأجرة علي المداواة أو الجهالة عليها. ويستحق الطبيب الأجرة بإيفائه بالعمل المتفق عليه في العقد^(١) لأنها أجرة علي فعل مباح مأذون فيه والدليل علي جواز أخذ الأجرة، ما رواه عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره واستعط"^(٢)، فلو لم يكن أخذ الأجرة جائزاً لما فعله النبي ﷺ.

ونرى أن موقف الفقه الإسلامي واضح ونحن على نهجه إن شاء الله تعالى تجاه عملية الحمل لصالح الغير من خلال تأجير الرحم وهذا قياساً لما ذهب إليه بعض الفقه الإسلامي إلى أنه لا يصح عقد الإجارة علي جراحة غير مشروعة كجراحة التجميل التحسينية وجراحة تغيير الجنس في حالات الخنوثة النفسية وغيرهما من الجراحات المحرمة. كما اشترط لصحة عقد العلاج الطبي أن يكون ثمن الجراحة معلوماً للطرفين لأنه عقد معاوضة فوجب العلم بالعوض قطعاً للنزاع ومنعاً للخصومات^(٣) فمن باب ادعى عدم إباحة تأجير الأرحام ويجب الأخذ في الاعتبار أن حكم الفقه الإسلامي في عدم إجازته لأجرة الطبيب على العمل الغير المدفوع حيث جعل الشرع شرط استحقاق الأجرة في العمل الطبي الإذن فيما فعله شرعاً لذلك لا يجوز أخذ الأجرة من منفعة محرمة.

وهناك سؤال يطرح نفسه ماذا يحدث عند حدوث إخلال إلتزام الطبيب بالعمل الطبي؟ وبناء عليه يحكم بالتعويض هل تخصص من التعويض الأجر المدفوع الذي يمكن أن يستحق للمريض؟ وهذا السؤال يقودنا إلى السؤال التالي:

(١) كشف القناع: دار الفكر - ١٤/٤، المغنى: دار الفكر - ٣١٤/٥، جواهر العقود: دار الكتب العلمية - ٢٣٧/١، حاشية البجيرمي: المكتبة الإسلامية - ديار بكر - تركيا - ٢٣٨/٣، حواشي الشرواني: دار الفكر - ٦٣٦/٦، الفواكه الدواني: دار الفكر - ١١٥/٢، حاشية العدوي - دار الفكر ٢٥٥/٢، ٢٥٦.

(٢) صحيح البخاري: ٧٩٦/٢، صحيح مسلم: ١٢٠٥/٣.

(٣) محمد بن محمد المختار الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها - مكتبة الصحابة بجدة - الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م ص ٦١٤ - ٦٢٠.

ما هو جزاء الإخلال بالالتزامات، والمسئوليات الناشئة عن عقود المعاملات على الرحم؟

المطلب الثالث

مسئولية الطبيب القائم بالعملية

ليبان جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن الطبيب في عقود التعامل على الرحم يستوجب علينا التعرض لتصنيف وأشكال المسؤولية القانونية المترتبة على هذه العمليات لمعرفة ما إذا كانت عقدية أم تقصيري وبيان حدود كل منهما، والمعيار هنا يتشكل على أساس إذا كان هناك عقد علاج طبي بين الطبيب والمريض من عدمه.

ورغم كون المسؤولية الطبية في الغالب مسؤولية عقدية تترتب على الإخلال بالتزام أصلي مصدره عقد طبي صحيح ينشأ عنه ضرر يلحق المريض فإن ذلك لا ينفي انعقاد المسؤولية التقصيرية للطبيب في الحالات التي يوجد فيها عقد طبي باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً وقضى بإبطاله (كان سببه غير مشروع أو مخالفاً للآداب العامة) أو تلك التي لا يوجد فيها عقد طبي وترتبت مسؤولية الطبيب على الإخلال بالتزام أصلي مصدره نص القانون فالمسؤولية عندئذ تكون تقصيري.

تشكل عمليات الأرحام البديلة العديد من المشاكل فالطبيب الذي يمارس هذا النوع من العمليات يجد نفسه أمام المسؤولية القانونية

فمن الجانب التأديبي يمكن القول بأنه بمجرد موافقة الطبيب على الاشتراك أو المساعدة أو إجراء عملية تأجير رحم وإن صح التعبير التعامل على الرحم يكون قد خرج عن الأصول الطبية متجاوزاً بذلك آداب المهنة الطبية وتعاليمها واللوائح المهنية التي قررتها النقابة العامة للأطباء والتي تقضي بحظر هذا النوع من العمليات في مصر مما يعد خروجاً عن النظام العام تنعقد به مسؤوليته القانونية التأديبية إلى جانب مسؤوليته المدنية.

فأي خطأ طبي يترتب عليه ضرر يلتزم مرتكبه بالتعويض طبقاً للقواعد العامة. سواء تعلق هذا الخطأ بالجانب المادي أم الفني. وإذا كان الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا قد ذهب إلى عدم التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني

ويرون أن الخطأ الذي يستوجب المسؤولية الجنائية بمقتضى المادتين (٢٣٨ ، ٢٤٤) عقوبات مصري والمادتين (٣١٩ ، ٣٢٠) عقوبات فرنسي لا يختلف في أي عنصر من عناصره عن الخطأ الذي يستوجب المسؤولية المدنية بمقتضى المادة (١٦٣) مدني مصري والمادتين (١٣٨٢ ، ١٣٨٣) مدني فرنسي ، فإن معنى ذلك أن الخطأ مهما كان يسيراً يكفي لانعقاد المسؤولية. وهذا يقودنا إلى السؤال التالي :

هل يضمن المركز الذي يقدم هذا الجين *potential genetique* تطوره إلى حمل وميلاد طفل سليم ؟ وخاصة بعد ما جاء في جريد الأهرام عن تخصيب جنين تم حفظه لمدة عشرون عاماً^(١) بمعنى آخر هل يستطيع الزوجان أن يثيرا مسؤولية المركز أو الطبيب *le Fourniseur* في حالة الاخلال بعدم تنفيذ الصيانة اللازمة للنطف المودعة حتى إتمام التخصيب والتي أدى اهملها إلى عدم الحمل كلية أو في حالة ميلاد طفل معاب أو لأن الطفل لا يطابق مواصفاتها المطلوبة ؟ أما بالنسبة إلى المركز المعمل المختص بالحفظ أو الطبيب المعالج أو القائم بالعملية باعتبارهم طرفاً في العلاقة فهم كنظيرتهم صاحبة الرحم المستأجر يلقي على عاتقهم أيضاً الالتزام بالتسليم وصيانة النطف المودعة لحين إتمام عملية الإخصاب.

فإذا سلمنا جدلاً إلى رأى البعض باعتبار هذا العقد علي أنه عقد إيجار فإن ذلك يستلزم تطبيق المواد المتعلقة بضمان العيوب الخفية *les vices caches* (م ١٦٤١ مدني فرنسي) على المركز - أو الطبيب - باعتباره مهنيًا *professionnel* بشرط أن تتوافر سوء نيته فرضاً لا يقبل أثبات العكس أي يفترض علمه بهذا العيب وذلك طبقاً للقضاء الفرنسي المستقر^(٢) ومن ثم يجب تعويض الزوجين عن ضررهما تعويضاً كاملاً^(٣).

(١) مرفق الاعلان بالملحق في نهاية الرسالة.

(٢) انظر في ذلك بحثنا بعنوان ضمان عيوب المبيع في عقد البيع في القانون المصري والمغربي ١٩٨٦.

(٣) Guy Raymond , la procreation artificielle et le droit francais , sem , jur. 1983 - 3114.

ويعد ذلك سبباً إضافياً لرفض تكييف العقد علي أنه عقد إيجار، وغني عن الذكر القول بأن المركز (أو الطبيب) لا يضمن أن يأتي الطفل شبيهاً بالزوج كما أنه لا يسمح للأخير أو زوجته أن تختار مواصفات طفلها كلون العينين والشعر ومستوى الذكاء، لأن المركز نفسه لا يفعل ذلك مع المتبرع. والتلقيح الصناعي لا يعد بالنسبة للطبيب عملاً طبياً معقداً، ويسأل المركز عن المني الذي يقدمه وهذا يعد تخفيفاً عن كاهل الطبيب الذي يقوم بعملية التلقيح ولذلك يبرر مركز C.E.C.O.S. لحفظ المني^(١) الإجراءات التي يتخذها بكونها تخلص الطبيب من المسؤولية خاصة تلك التي تتعلق بصفة المنتج^(٢). ومن ثم يقع علي عاتق أصحاب الشأن إثبات خطأ أو إهمال البنك أو المركز في اختيار السائل الذي تتم به عملية التلقيح لحمل الاجنه في الارحام البديلة. تتعدد صور المسؤولية القانونية الناجمة عن الخطأ الطبي في علي ممارسات التعامل على الارحام بين مسؤولية تأديبية^(٣) ومدنية^(٤).

(١) مركز جامعي يقبل التبرع فقط ولا يعطي مقابلاً.

(٢) "ces processus a pour avantage de degager le gynecologue de bien des responsabilite et en particulier de toutes celles qui concernent la qualite du produit" citeepar R. Merger L'insemination artificielle J.C.P. 1957 - 1 - 1389.

(٣) فيسأل الطبيب الذي يعمل لدى الحكومة أو الجهات الإدارية أو الهيئات التابعة (وزارة الصحة، الجامعة...) مسؤولية تأديبية إدارية حيث يمكن للسلطات التأديبية المنصوص عليها في قوانين العاملين، النظر في تأديب الأطباء الخاضعين لهذه القوانين بالنسبة للأخطاء التي يرتكبونها أثناء أو بمناسبة عملهم أو خارج نطاقه متى كان لها تأثير علي العمل. ويتم توقيع الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في نظمهم الوظيفية. والى جانب المسؤولية التأديبية الإدارية توجد مسؤولية تأديبية نقابية تتمثل في قيام نقابة الأطباء بالتحقيق فيما يرتكبه الأطباء من أخطاء تصدر منهم وتوقيع الجزاءات التي يتضمنها قانون النقابة والملائمة لصفاتهم النقابية

(٤) د/ محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية - دار الجامعة الجديدة للنشر - ١٩٩٩ - ص ١١، ١٢. تنعقد المسؤولية المدنية وهي محل بحثنا إذا ترتب علي الخطأ الطبي أضرار مادية أو معنوية تلحق المريض نكون بصدد مسؤولية مدنية يهدف فيها المضرور بدعواه إلى الحصول علي التعويض المناسب لجبر الضرر. وإذا نشأ عن الخطأ الطبي دعويان: جنائية ومدنية كان للمضرور الحق في الخيار بين رفع دعواه المدنية أو الاستفادة من الطريق الجنائي والادعاء بحقه المدني أمام القاضي الجنائي بحيث يكون من حقه في حالة ثبوت الحكم بالإدانة الحكم بتعويض نهائي أو مؤقت وأحياناً ما يستند المضرور إلى الحكم الجنائي الصادر بالإدانة للمطالبة بالتعويض أمام القاضي المدني

وجنائية^(١).

طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة على ممارسة الطبيب للتعامل على الرحم :

وفقا لقواعد القانون العام كان من الضروري لبيان موقف الطبيب عند ممارسة التعامل على الرحم توضيح لطبيعة مسؤوليته عند القيام بتلك العملية. ويتوقف ذلك على معرفة نوع المسؤولية التي تقع على كاهله أو عاتقه هذا وبالرجوع إلى قواعد القانون العامة تنقسم المسؤولية إلى نوعين^(٢) : مسؤولية عقدية ، ومسؤولية تقصيري.

فالمسؤولية العقدية *responsabilite contractuelle* هي المسؤولية التي تنشأ بناء على وجود رابطة عقدية صحيحة بين طرفين (المستول والمضروب) بينما تقوم المسؤولية التقصيرية حين تنتفي مثل هذه الرابطة^(٣).
اختلف القضاء المصري مع نظيره القضاء الفرنسي^(٤) حيث يرى القضاء المصري أن مسؤولية الطبيب تكون مسؤولية تقصيري ، وتكون عقدية في بعض الحالات^(٥).

(١) فإذا كان الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب يشكل جريمة (عمداً أم خطأ) أو خرج عن الأصول العلمية المهنية ، دون احتراز أو مراعاة للقوانين ، والقرار واللوائح والأنظمة انعقدت مسؤوليته الجنائية. ويكون للنيابة دور أساسي في تحريك الدعوى العمومية ضد الطبيب وتقديمه للمحاكمة والمطالبة بتوقيع العقوبة المقررة.

(٢) ويقابلها في المعنى الفقه الإسلامي
لم يستعمل فقهاء الإسلام عبارة المسؤولية العقدية أو التقصيرية علي النحو الذي أوردته الكتب القانونية المعاصرة. وليس معنى ذلك أنهم لم يتناولوا نفس الأحكام في عبارات أخرى ، بل تناولوها تحت عبارات الضمان أو التضمن أو الغرامة أو التفرير سواء أكان الضمان ضمان عقد أم ضمان يد أم متلفات تبعا لما إذا كان الضمان بالمثل أو بالقيمة

- (نقد ٣ - ٧ - ١٩٦٧ س ٢٠ ص ١٠٩٤)

- (نقد ٢٦ ٧ - ١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٠٧٥)

(٣) د/ أحمد زكي عويس : مسؤولية الأطباء المدنية والجنائية - المرجع السابق - ص ٥٠ ،
د/ منذر الفضل : المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية - الطبعة الثانية ١٩٩٥ - مكتبة دار الثقافة - ص ٣٣ ، د/ سهير منتصر : المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء - دار النهضة العربية ١٩٩٠ - ص ٢٠ - ٢٢.

(٤) Cass. civ. 20, mai 1936, D. 1936-I-88, note E. P., Cass. civ. 27, mai 1940, D. 1941-J-33. 0

(٥) د/ محمد حسين منصور : المسؤولية الطبية - دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٩ ص ١٩٣.

=

ورغم كون المسؤولية الطبية في الغالب مسؤولية عقدية تترتب علي الإخلال بالتزام أن نتيجة عقد طبي صحيح ينشأ عنه ضرر يلحق المريض فإن ذلك لا ينفي انعقاد المسؤولية التقصيرية للطبيب في الحالات التي يوجد فيها عقد طبي باطل بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً وقضى بإبطاله كان كان سببه غير مشروع أو مخالفاً للآداب العامة كال تعامل على الأرحام محل بحثنا أو تلك التي لا يوجد فيها عقد طبي وترتبت مسؤولية الطبيب علي الإخلال بالتزام أصلي مصدره نص القانون فالمسؤولية عندئذ تكون تقصيري.

ورغم اختلاف موقف القضاء الفرنسي والمصري تجاه طبيعة المسؤولية الطبية إلا أن نتيجة هذا الاختلاف تعد واحدة تقريباً من حيث اعتبار إلتزام الطبيب في كلا الاتجاهين التزاماً بعناية أو التزاماً غير محدد. وتظل النتائج المترتبة علي تقسيم المسؤولية إلى تقصيري وتعاقدية كما هي طبقاً لما تقضي به القواعد العامة.

وتتنوع الطبيعة الخاصة بالمسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية إلى نوعين: مسؤولية عقدية، ومسؤولية تقصيري^(١). ومعيار هذه

هذا وقد فرقت محكمة النقض المصرية بين نوعي المسؤولية المدنية للطبيب من حيث أساس كل منهما فتكون المسؤولية عقدية إذا كان هناك عقد علاج تولى فيه الطبيب علاج مريضه الذي اختاره بنفسه أو نائبه وأخل الطبيب بالتزامه العقدي. بينما تكون تقصيري إذا لم يوجد هذا العقد وإنما أخل الطبيب بالتزام قانوني هو الإلتزام العام بعدم الإضرار بالغير. حيث قضت محكمة النقض المصرية في ٢٦ يوليو ١٩٦٩ بأن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجيه هي مسؤولية عقدية. (١) الفرق بين المسؤولية العقدية والتقصيرية

من حيث مدى تعويض الضرر أو من حيث التضامن بين المسؤولين عن تعويض الضرر في حالة تعددهم أو من حيث مدى جواز الإتفاق علي الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها من عدمه. فتميز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية في العديد من الأمور كما يتضح مما يلي:

١ - أن التعويض في المسؤولية التقصيرية يكون عن الضرر المباشر الناشئ عن الفعل الضار سواء كان متوقفاً أم غير متوقع. أما في المسؤولية العقدية فلا يتم التعويض إلا عن الضرر المتوقع فيما عدا حالاتي الخطأ العمدي والخطأ الجسيم فيشمل عندئذ الضرر المتوقع وغير المتوقع. ويجب تقويم هذا الضرر علي أساس ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب (م ٢٢١ / ٢).

٢ - أن التضامن في المسؤولية العقدية عند تعدد المسؤولين لا يفترض وجوده بينهم عند تعويض الضرر إلا بمقتضى نص قانوني أو إتفاق صريح (م ٢٧٩ مدني مصري).

التفرقة تبعاً لما إذا كان هناك عقد علاج طبي أم لا^(١).

بينما في المسؤولية التقصيرية يعد التضامن بينهم مفترضاً إذ هو مقرر بنص القانون. وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض (م ١٦٩).

٣- يجوز في المسؤولية العقدية الإتفاق علي إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب علي إخلاله بالتزامه العقدي أو التخفيف منها إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم. كما يجوز الإتفاق علي إعفاء المدين من المسؤولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه (م ٢/٢١٧ مدني). ولا يجوز ذلك في المسؤولية التقصيرية لأن قواعدها متعلقة بالنظام العام ولذلك يكون باطلاً كل إتفاق علي الإعفاء أو التخفيف من هذه المسؤولية.

٤- ومن حيث التقادم: تسقط دعوى المسؤولية التقصيرية بانقضاء ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالمسئول عنه أو بمضي خمس عشرة سنة في جميع الأحوال من يوم وقوع العمل غير المشروع (م ١/١٧٢ مدني). في حين لا تسقط دعوى المسؤولية العقدية إلا بمضي خمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة. يتضح أن ممارسة مهنة الطب تلزم الطبيب بالتزامات محددة قانوناً سواء وجد عقد علاج طبي أم لا. غير أنها إذا مورست في إطار عقدي اتسمت بالطابع العقدي، فإذا ما أخل أحد طرفي عقد العلاج بالتزام ناشئ عن العقد طبقت أحكام المسؤولية العقدية التي لا يمكن الجمع بينها وبين المسؤولية التقصيرية ولا العدول عنها أو الخيرة بينهما. بينما تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية إذا لم توجد رابطة تعاقدية وذلك طبقاً للقواعد العامة.

(١) وقد استقر القضاء المصري علي رفض نظرية الجمع والخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث المبدأ مقررًا أن الضرر الذي يلحق أحد طرفي العقد نتيجة إخلال الآخر بالتزام ناشئ عن العقد، ينبغي أن تطبق بصدده أحكام هذا العقد دون سواها حتى لا تهدر القوة الملزمة للعقد. وذلك ما لم يكن الإخلال بالالتزام العقدي يمثل جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً تتحقق معه قواعد المسؤولية التقصيرية) نقض مدني في ٢٥ فبراير ١٩٦٥ - مجموعة المكتب الفني - س ١٦، رقم ٣٥، ص ٢٢٠، ونقض في ١٦ أبريل ١٩٦٨ - مجموعة المكتب الفني - س ١٩ - رقم ١١٠ - ص ٧٦٢، مشار إليهما في: أ.د/ محسن عبد الحميد البيه - المرجع السابق - ص ٨٢، ٨٣، وانظر لسيادته أيضاً: النظرية العامة للالتزامات - السابق - ص ١٦ - ١٧.

فإذا ما أخل أحد طرفي عقد العلاج بالتزام ناشئ عن العقد طبقت أحكام المسؤولية العقدية التي لا يمكن الجمع بينها وبين المسؤولية التقصيرية ولا العدول عنها أو الخيرة بينهما. بينما تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية إذا لم توجد رابطة تعاقدية وذلك طبقاً للقواعد العامة.

وقد استقر القضاء المصري علي رفض نظرية الجمع والخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من حيث المبدأ مقررًا أن الضرر الذي يلحق أحد طرفي العقد نتيجة إخلال الآخر بالتزام ناشئ عن العقد، ينبغي أن تطبق بصدده أحكام هذا العقد دون سواها حتى لا تهدر القوة الملزمة للعقد. وذلك ما لم يكن الإخلال بالالتزام العقدي يمثل جريمة أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً تتحقق معه قواعد المسؤولية التقصيرية.

وإذا اجتمعت أركان المسؤولية الجنائية من خطأ الطبيب والضرر الواقع على أطراف علاقة إيجار الرحم وعلاقة السببية بينهم التزم الطبيب بتعويض ما لحق أفراد علاقة الرحم المستأجر من ضرر تبعاً لما تسبب من خطأ طبي عما لحق المريض وذويه من أضرار بالتضامن مع من يسأل معه في حالة تعدد المسؤولين. غير أن الطبيب يلتزم بالتعويض عن الأضرار المتوقعة ذات الصلة بحالة المريض ولو كانت نادرة الحدوث.

وعلى هذا لقد أدى التطور التكنولوجي في مجال النطف الأدمية إلى ظهور فروض جديدة للمسؤولية الطبية ورجال القانون وضعتهم أمام خيارات حاسمة مما أدى إلى ظهور بعض قضايا التعويض المرتبطة بميلاد طفل الرحم عند ولادته معاق وبالتالي لم يأتى مليباً لتوقع والديه ومن ثم فإنهما يعتبران أن هذا المرض بمثابة ضرر وقع عليهما طالما كان من الممكن تجنبه الأمر الذي جعلنا نطرح هذا السؤال لمحاولة البحث في إيجاد حلول لهذه المشكلة.

هل يحق للوالدان البيولوجيين وكذلك المولود رفع دعوى بإسهما الخاص وكذلك بإسم طفلهما الذي لم تكتشف إعاقته إلا بعد ولادته عند خطأ الطبيب أو العمل سواء بإهمال النطف أو لوجود عيب بها سبب في وجود طفل معاق وأغفله الطبيب...؟ هناك اتجاهان :

الاتجاه الأول: إقامة دعوى بشأن تعويض ضرر الوالدين والتي يعبر عنها في أمريكا بدعوى الميلاد الخطأ "Wrongful birth" والتوجه الثاني : تلك الدعوى التي تباشر لحساب القاصر والتي يطلق عليها بدعوى الحياة الخطأ "Wrongful life" والتي تهدف إلى تعويض الضرر المتمثل في الحياة المعاقة^(١) التي فرض عليه أن يعيشها. موقف القضاء الفرنسي^(٢) من خلال المادتين ١١٦٥ و ١٣٨٢ من

(١) La vie diminuee

(٢) راجع نص هذا الحكم على موقع محكمة النقض الفرنسية على الانترنت : <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/99-13701arr.htm> 99- 13.701 , Arret du 17 novembre 2000 cour de cassation – Assemblée pleniére.

التقنين المدني الفرنسي على حكم الطفل المعاق تعددت آراء الفقه الفرنسي حيال ذلك في الوقت الذي اتفقت فيه على إرساء مبدأ أن الميلاد في حد ذاته ليس ضرراً منشأً للحق في التعويض.

رأى القضاء العادي: تعويض الوالدين ورفض تعويض الطفل.

رأى محكمة النقض تتجه إلى تعويض الطفل بجانب الوالدين.

رأى مجلس الدولة إجازة تعويض الوالدين ورفض تعويض المولود^(١).

نؤيد ما ذهب إليه محكمة النقض في تعويض الطفل بجانب الوالدين وذلك عما لحقهم من ضرر كانوا في غنى عنه لولا إخفاق الطبيب أو المركز ولى إضافة وتحفظ حول تعويض المولود من جراء عملية تأجير الرحم أرى أنه يحق للمولود المعاق من الرحم أخذ التعويض من جميع أطراف العلاقة عند مطالبته بهذا الحق وذلك لما وقع عليه من ضرر سواء مما وقع عليه المسؤولية التقصيرية أو من أصحاب القرار في الطريقة التي ولد بها.

- رأى الباحث:

من خلال تعريفات الخطأ الطبي^(٢) الواقع من الطبيب القائم بعملية تأجير الأرحام لا نرى من جانبنا وجهة تشريعية في التفريق بين المسؤولية التقصيرية والعقدية لانعقاد ووقوع مسؤولية الطبيب عند وقوع خطأ طبي أثناء الاشتراك في عملية التعامل على الرحم، وذلك يرجع إلى أن معيار الخطأ الطبي للطبيب تأجير الأرحام ذات طبيعة خاصة قد تؤدي إلى تجاوز حدود كل من المسؤولية التقصيرية والعقدية^(٣).

(١) لمزيد من الإيضاح راجع د/ أسامة أبو الحسن مجاهد تعويض الطفل عن ميلاده ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية ص ١٣.

(٢) عرفه البعض بأنه: خروج الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضى بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيلة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة تعريف الباحث للخطأ الطبي: "تجاوز طبيب النساء والتوليد أو التخصيب الصناعي أصول القواعد الطبية المتعارف عليها بالموافقة على إجراء أو مشاركة عمليات تأجير الأرحام أو الإخلال باتخاذ الحيلة أثناء نزع أو غرس الخلف الجنسية (حيوان منوي - بيضة) لزويها مما يتسبب معه خلط الأنساب أو تعطيل القدرة الإنجابية لصاحبة الرحم على لحساب الزوجين أصحاب النفوذ المالي".

(٣) أ.د/ محمد عبد الظاهر حسين: صور ممارسة الزنا الحرة وأثرها على مسؤولية المهني - ص ٤٠.

بالإضافة إلى مدى خطورة الآثار المترتبة على العمل الطبي بصفة عامة وعملية تأجير الرحم بصفة خاصة لأن موقف الطبيب إذا أخل بالالتزام الواقع عليه سيكون مصدرها عقد العلاج الطبي مع أطراف العلاقة بصرف النظر عن نوع المسؤولية سواء أن كانت عقدية أم تقصيرية، وبصرف النظر عن إبرام العقد الطبي أم لا، حتى ولو لم تتوافر مشروعية محل العقد الطبي نرى أنه ضرورة وقوع المسؤولية المدنية بشقيها على خطأ الطبيب الذي يمارس هذا النوع من العمليات، لأننا نهدف من وراء ذلك أن نضع ردها أو عقابا يكون بمثابة زجر للطبيب على ألا يقبل على مثل هذه العمليات وأن يعيد التفكير أو النظر قبل الإقبال على ممارستها لأنه في غالب الأمر يكون الدافع لجوء الطبيب إلى مثل هذه العمليات أنه قد تستهويه شهوة التجربة العلمية أو تحقيق انتصار علمي في مجال الطب، فيقدم على إجراءاتها غير مبال بمراعاة الضوابط القانونية والشرعية اللازمة لمثل هذه العمليات، كما يجب أن يكون تدخل الطبيب منصرف إلى العلاج لا إلى غاية أخرى عن وظائف مهنته كقصد تحقيق الربح أو الشهرة، وليس هذا معناه أن نحاسب الطبيب على ربحه ولكن المسؤولية تثور إذا كان هذا الهدف المالي هو الدافع الوحيد وراء تدخله، مما يترتب عليه انتفاء الطبيب القصد العلاجي الأكثر ربحا بالنسبة له، وليست تلك الأكثر ملائمة لصحة المريض وحالته ومقتضيات شفائه.

وتأكيداً على ذلك أن القاعدة هي ألا يكون للطبيب أهداف غير العلاج، حيث يؤكد سيادته بأنه ينبغي أن يكون تدخل الطبيب موجها نحو غاية واحدة وهي العمل على شفاء المريض، ومن ثم فخروج الطبيب عن ذلك الهدف يخلع على فعله وصف العمل الطبي ويخضع للمسؤولية الطبية للقواعد العامة إذا يضاف على فعله الصفة الإجرامية أن شكل مساسا بسلامة جسم الإنسان^(١)، ويسأل مدنيا لأن في ذلك المساس ضرار يترتب للمضروور الحق في التعويض. فقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض

(١) (P. Monzein, la responsabilité pénale du médecin, R.se. crim. 1971.861. مشار إليه أد/ محمد حسين منصور - أستاذ ورئيس قسم القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة اسكندرية - المسؤولية الطبية ص ٥٦ - دار الجامعة الجديدة

قد اختار الطبيب لعلاجة حتى ينقذ العقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليس علاقة تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية

نحن لا نتفق مع الحكم السابق لمحكمة النقض، لأننا نجد أنه أخطأ عندما خلع من على الطبيب المسؤولية العقدية واقتصر عليه فقط المسؤولية التقصيرية، وهذا للأسباب والتي ذكرها، التي منها اعتبار الطبيب إداري ينطبق عليه قواعد الجهة الإدارية ونسى أن يضيف إليه الطابع الفني للمهنة وما تفرضه هذه المهنة من أصول مهنية، وبالتالي لا نرى وجهة تشريعية في جعلها مانع من موانع المسؤولية العقدية عند خطأ الطبيب، كما نرى أن الطبيب مسئول عن خطئه بموجب العمل الذي قام به أي الخطأ الناتج من الفعل ذاته وبالتالي تسال المستشفى بالتبعية له، لأن اختيار المريض للطبيب تابع للمستشفى ولا يفصل التبعية بينهما في المسؤولية فكلاهما مسئولان متضامان أمام القانون ولو سلمنا جدلاً بموقف القضاء الفرنسي إزاء نوع المسؤولية الواقعة على الطبيب إلا وهي المسؤولية التقصيرية. وأخيراً وإتماماً منا للفائدة المرجوة نرى أن عمل الطبيب ليس من قبل أعمال الإباحة في عمليات الرحم المستأجر لأنه لا شك من أن القصد من مزاولة العمل الطبي هو تخليص المريض من آلامه وتخفيف معاناته بالعلاج. وتأكيداً لهذا الكلام فقد كتب إسحاق بن علي الراوي^(١) كتابه المشهور "آداب الطبيب" وهو يعتبر من الأعمال الفريدة التي اهتمت بالأخلاق العلمية في مجال الطب.

(١) وركز الدين الإسلامي على مراعاة حرمة المريض ومصلحته، وعلى حفظ الطبيب لأسرار المريض، فقال رسول الله ﷺ: "إذا دخلتم على المريض فنفسوا له في أجله فإن ذلك لا يرد شيء ويطيّب نفسه". والقائل (هو أبو علي عيسى بن إسحاق بن زرعة بن مرقس بن زرعة بن يوحنا أحد المتقدمين في علم المنطق وعلوم الفلسفة والنقلة المجودين ومولده ببغداد في ذي الحجة سنة إحدى وسبعين وثلثمائة ونشأ بها وكان كثير الصحبة والملازمة ليحيى بن عدي. اشتهر بتدبير أكثر الأمراض التي كانت تعالج قديماً بالأدوية الحارة إلى التدبير المبرد كالفالج واللقوة والاسترخاء وغيرها.

وهذا الشرط تطبيق لاستعمال الحق كسبب اباحة، ونرى فى عملية التعامل على الرحم ينتفى هذا القصد ويجرم الطبيب القائم بمساعدة أطراف العلاقة، لأن الفعل المرتكب غير مشروع حتى ولو ترتب عليه انجاب الطفل ورضاء جميع أطراف العملية، ومن ثم يظل الفعل خاضعا لنص التحريم ويؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية الجنائية للطبيب عن جريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال ولا يغير في هذه النتيجة رضاء المريض، لأن رضاءه في هذه الحالة لا يجرّد الفعل من صفته الإجرامية. كما سبق وأن ذكرنا وهذا قياسا على دور الطبيب فى جريمة الإجهاض.

بالرغم من أن طريقة تأجير الأرحام ضمن طرق الإنجاب الصناعى المستحدثة إلا أنها لا تعتبر ضمن العلاجات الطبية المعتادة التى يمارسها الطبيب، ويرجع السبب فى ذلك إلى عدم الاعتراف القانوني والشرعى لهذه العمليات ووقوف القانون حجر عثرة فى ممارسة الأطباء عموما لأتمامها وباقى أطراف العلاقة خاصة.

ولذلك تتجلى أهمية وضع العديد من الضوابط والقيود التى تمنع الأطباء من ممارسة عمليات المساعدة الإنجابية والجنوح بها عن الهدف المنشود، وخاصة أن هناك فئة من الأطباء الذين استباحوا لأنفسهم إجراء مساعدة طبية لنجاح عملية الإنجاب باستعانة رحم امرأة فى حاجة إلى المال بوضع نطف غريبة عنها دون رضاهم أو علمهم، وذلك أثناء خضوع هؤلاء المرضى لسيطرة الأطباء أثناء القيام بالعمليات الجراحية المختلفة، فيستغل الطبيب حالة المريض غير الواعية ويتزعم منه ما يريده من أعضاء هو فى حاجة إليها، ليزرعها لآخر محتاج لها رغبة فى تحقيق الربح المادي الوفير.

وبالتالى فإذا قام الطبيب بالاشتراك فى إتمام أو مساعدة عملية الإنجاب بطريق الرحم المستأجر سواء أكان بمقابل أو غير مقابل أو علي سبيل التبرع وخروج مثل هذا التعامل من دائرة المعاملات والتصرفات القانونية حيث أن الأمر متعلق بجريمة الجسد الإنسانى.

^(١) ويصنف الفعل الذى يصدر من الطبيب بشأن تلك المسألة بالتعدى أو الإعتداء فإن فعله هذا يقع تحت طائلة المسؤولية الجنائية العمدية فضلا عن.

A) Charaf El-Din: these, Paris, 1075, op.cit., p. 39. No. 60.

(١)

المسئولية المدنية في مجال التعويض المدني ولا يحول دون ذلك القول^(١) برضاء صاحبة الرحم المستأجر وذلك لعدم الاعتداد بهذا الرضا من ناحية ومن ناحية أخرى لمخالفته للنظام العام^(٢) كما سبق وأن أشرنا.

ولهذا فإن موافقة صاحبة الرحم المستخدم لصالح الغير لا تعطي شرعية للعملية التي ليس لها هدف استشفائي ذلك أن مبدأ موافقة المجني عليه لا يكفي لكي ينفي المسؤولية.

هذا وقد اعتنق القضاء المصري نص المادة (٥١) من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٨٠^(٣) ورجح الجانب الاجتماعي للحق في سلامة الجسم فقضت (محكمة النقض في ١٢/٦/١٩٣٩) بأن جريمة الضرب أو الجرح تتم قانوناً بارتكاب فعل الضرب أو الجرح عن إرادة الجاني وعلم منه أن فعله يترتب عليه المساس بسلامة الجسم، فلا يؤثر في ذلك رضا من وقع عليه الضرب أو الجرح^(٤). وفي حكم آخر

(١) Charaf El-Din: these , op. cit. , P. 61: "C'est donc autour de l'idée de personne et de la Notion d'ordre public que les conditions de la validité et de la licéité d'un accord ayant pour objet la transplantation d'un organe, peuvent être formulées".

(٢) د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ط ١٩٨٢ فقرة ٢٠ ص ٣٢ مطبعة الحضارة العربية والأحكام الشرعية للأعمال الطبية طبعة الكويت الفصل الأول استقطاع الأعضاء البشرية بغرض الزرع ص ص ٨٩ - ١٥٥.

Cases. Civ.: 4-2١٩٥٩ , la sem jurid , ١١٠٤٦ , ١٩٥٩ , Note Savatier.

A. Weill , : Droit civil , les obligations , Paris 1971 , P. 36.

R. Savatier: Traite de la Resp. Civil. T. 2 Paris 1951 , No. 526 , P. 92.

A. Charaf El-Din: These , op. cit. , N. 60 P. 39.

(٣) فإذا لم تعترف بالصيغة الاجتماعية لسلامة الجسم لكان في مكنة كل فرد المساس بسلامة جسده بأي طريقة وتفرعاً على الصيغة الاجتماعية للحق في سلامة الجسم فإنه لا يعتد برضاء الشخص باباحة الأفعال المقترفة على جسده ذلك أن الرضاء وهو تصرف قانوني لا بد وأن يصدر ممن له صفة فيه حتى ينتج أثره فالرأي مستقر في مصر على إنعدام صفة الفرد تجاه الأفعال الماسة بسلامة جسده من حيث الرضاء بها ذلك لأن رضائه وأن انتج أثره في الجانب الفردي إلا أنه يصطدم بالجانب الاجتماعي الذي يتغلب على الجانب الفردي انظر في تفصيل ذلك د/ عصام أحمد محمد - الرسالة السابقة ص ٢١٧.

(٤) نقض ١٢/٦/١٩٣٩ - المجموعة الرسمية - السنة ٤١ - رقم ٧٦ ، ٩٠ من نفس المجموعة.

لنفس المحكمة في ١٩٤٦/٤/٨ قولها أن رضاء المصاب بما وقع عليه من ضرب أو جرح لا يؤثر في قيام الجريمة^(١).

وعلى ذلك يتضح تجريم دور الطبيب في أفعال الإعتداء دون مبرر خاصة الفئة من الأطباء الذين استباحوا لأنفسهم الاستئصال الجراحي لأعضاء المرضى دون رضاهم أو علمهم وذلك أثناء خضوعهم للعمليات الجراحية رغبة منهم في تحقيق الربح المادي الوفير. وكذلك يتوافر عنصر التجريم في عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام وذلك لعدم توفر الضرورة العلاجية مما يجعل مرتكبها في دائرة التجريم.

وجدير بالذكر لا يجوز الأخذ بمعيار الضرورة، وذلك لعدم توافر شروطها، ومنها وجود خطر جسيم حال كان يقضي الطبيب علي الجنين إنقاذاً لحياة الأم في ولادة عسرة^(٢) وهو ما لا يتوافر في حالة استخدام الأرحام لصالح الغير.

فقد بات علينا لازماً أن نتناول في وضع حد لتلك الأنشطة الخبيثة التي يمارس الغالب منها من خلال الأطباء، وذلك عن طريق تشكيل لجنة طبية قانونية فقهية على المستوى العالمي، ويكون من مهامها الأساسية دراسة هذه القضية المستجدة بشكل مستفيض، من الجانب الطبي ومن الجانب الشرعي مستنبطة الآثار التي سوف تترتب عليها، لأن هذا سوف يساعدها على بناء رأي كامل دون الانحياز إلى أي اتجاه شريطة ألا يناقض رأي هذه اللجنة رأي الشريعة الإسلامية. ويرجع السبب إلى إهتمامنا بأهل الطب وجعلهم محور الموضوع، إلى أن الطبيب في الغالب يكون طرفاً من أطراف العلاقة التي تنشأ من خلالها عملية استخدام الأرحام وذلك بعد أن انتشرت مسألة تأجير الأرحام في العالم

(١) الطعن رقم ٦١١ السنة ١٩ ق جلسة ١٩٤٦/٤/٨.

(٢) تعديل آخر للمادة السابقة وقبل أن يحف مداد التعديل السابق وذلك بإضافة فقرة إلى تلك المادة رقم ١٥٦ لسنة ١٩٩٧ جاء فيها "ويشترط لتطبيق العقوبة المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه من الطبيب خلسة". ولقد أثار هذا النص التساؤل عما إذا كان المشرع قد أراد بهذه الإضافة تعطيل مادة التجريم عن التطبيق كلية بالنسبة للطبيب إلا في حالة انتزاع العضو خلسة من المريض بمعنى أن الطبيب إذا لم ينتزع العضو خلسة من المريض فهل يعاقب بالعقوبة الواردة في صدر الفقرة الأولى وهي السجن من ثلاث إلى خمس سنوات أم يعفى من العقاب؟

الغربي عامة والعالم العربي خاصة فأصبح الطبيب مسئولاً بصفته طرف من أطراف العلاقة امام هذه المستجدات والقضايا لأن لولا مباشرته للعملية لما تمت أو نجحت.

وفى هذا يتضح أن علم الطب بفضل ما فتح الله من التعرف علي أسرار الكون ومنها النفس البشرية لم يعد يقتصر علي العلاج التقليدي، بل أصبح أكثر فعالية بفضل هذه النوازل المستحدثة، فأصبح العلاج بطريق نقل الأعضاء من إنسان لآخر، وشتل الجنين، وغير ذلك أمراً ميسوراً.

ونرى من جانبنا ضرورة الإسراع في تفعيل القواعد القانونية والفقهية على النوازل الطبية المستحدثة، وضرورة تعاون الأطباء مع الفقه القانوني والفقه الشرعي للتعرف علي الحكم الواجب التطبيق لأن المشكلة هنا تنحصر في صعوبة التصرفات الطبية الحديثة التي لا تستهدف العلاج ومن ثم يتوجب إيجاد سند قانوني لحظر هذه التصرفات. هذا بالإضافة إلى.....

وانطلاقاً مما سبق يتبين لنا عدم إباحة مثل هذا النوع من العمليات وخضوع الطبيب القائم بها تحت وطأة المسؤولية الجنائية العمدية، وذلك لأن مثل هذا النشاط يعد مخالفاً للنظام العام^(١).

المطلب الرابع

علاقة الأطراف بالطبيب والمستشفى

عقد من نوع خاص

هل يمكن تكييف العلاقة العقدية بين الطبيب وأطراف علاقة الرحم المستأجر على أنها عقد غير مسمى له طبيعة خاصة.

(١) د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي ط ١٩٨٢ فقرة ٢٠ ص ٣٢ مطبعة الحضارة العربية والأحكام الشرعية للأعمال الطبية طبعة الكويت الفصل الأول استقطاع الأعضاء البشرية بغرض الزرع ص ص ٨٩ - ١٥٥.

Cases. Civ.: 4-2 1959, la sem jurid, 11046, 1959, Note Savatier.

A. Weill, : Droit civil, les obligations, Paris 1971, P. 36.

R. Savatier: Traite de la Resp. Civil. T. 2 Paris 1951, No. 526 , P. 92.

A.Charaf El-Din: These,op. cit., N. 60 P. 39.

ذهب البعض إلى القول^(١) بأنه يجب أن يصنف عقد إستخدام الأرحام لصالح الغير على أنه عقد من نوع خاص ويرجع السبب في ذلك لاختلاف موضوعه عن العقود الأخرى، فهو عقد غير مسمي يخضع فقط للقواعد العامة التي تحكم بالاتفاقات والعادات التي تسير عليها المهن الحرة.. واستشهدا على ذلك ما ذهبت به محكمة النقض الفرنسية حيث أخذت بالرأي السابق فقالت في حكم لها في ١٣ يوليو سنة ١٩٣٧ م " أن الإتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته وجهوده لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع، بل أنه عقد من نوع خاص^(٢) وتظهر أهمية هذا الخلاف في ماهية أحكام العقد الواجب التطبيق، وعلى ضوء ما سبق وبناء على التطور الحديث في مجال التخصيب الصناعي عامة وتأجير الأرحام على وجه الخصوص الذي هو مدار بحثنا فقد أصبح للتعامل على الرحم ذاتية خاصة يجب أن تنتظم بقواعد خاصة وأن كانت قريبة الشبه - أصلا من عقد الإيجار في القانون المدني والجمالية كما سبق وأن ذكرنا خاصة فيما يتعلق بالأركان الواجب توافرها والأحكام الخاصة بالتضمنين في الفقه الإسلامي والتي يعبر عنها في القانون المدني بالتعويض خاصة وأن الفقهاء - كما سبق - متفقون على تضمين الطبيب في حالة التعدي - أي الخروج على ما تقتضيه أخلاقيات المهنة وواجباتها.

^(٣) الأمر الذي يوجب إلحاق قواعد وإحكام خاصة بطبيعة العقد بالإضافة إلى خضوعه في الأصل لأحكام القواعد العامة لنظرية العقد هذه الظاهرة التي أصبحت أمنا أمرا واقعا.

(١) د/ عبد الرشيد مامون عقد العلاج ص ١١٥ وما بعدها

(٢) المرجع السابق ص ١١٨

(٣) مغني المحتاج ج ٤ ص ٧١ وجاء في مغني المحتاج: " حادثة سل ابن الصلاح عن رجل أرمد أتى امرأة لبادية تدعي الطب لتداوى عينه فكحلته فتلقت عيناه فهل يلزمها ضمانها؟ فأجاب: أن ثبت أن ذهب عينيه بتداويها فعلي عاقلتها ضمانها، فإن لم تكن فعلي بيت المال، فإن تعذر فعلها في مالها أن يكون الأرمد إذن لها في المداواة بهذا الدواء المعين فلا تضمن."

ولا مانع من الاستعانة بأهل الخبرة بتقرير ما إذا كان الضرر الذي حدث للمريض بسبب خطأ الطبيب أم لا كما جاء فيقي معين الأحكام سابقا، ويلاحظ أن مراد الفقهاء بالتضمن هنا: هو موجبات ما دون النفس من دية أو نصف دية أو أرش.. الخ وفقا

رأى الباحثه:

ما مدى تكييف عقد تأجير الأرحام على عقد العلاج؟ وهل لو صح ذلك باعتبار أن تأجير الأرحام أصبح سياسة أمر واقع سيكون العقد له طبيعة خاصة؟

ومن خلال العقود التي طرحناها سابقا محاولين مدى تطبيقها أو تكييفها على الوصف القانوني للعلاقة بين الطبيب وأطراف علاقة الرحم المستأجر؟ فقد استبان لنا إمكانية إدراج أطراف علاقة الرحم المستأجر إلى عقد العلاج مع الاحتفاظ لهذه العلاقة بطبيعة خاصة، ونقصد بالطبيعة الخاصة لإضفاء الأحكام التي تنقصه حتى يصل إلى مرتبة عقد العلاج بجميع أحكامه.

وانطلاقاً مما سبق نعتقد أن عقد العلاج الطبي يعد شاملاً لكافة ما ينشأ بين الأطباء والمرضى من علاقات واتفاقات تتعلق بإجراء الأعمال الطبية علي جسم المرضى. ومن ثم فقد كان من الطبيعي أن يختلف مضمون عقد العلاج من حالة لأخرى بحسب طبيعة المرض ونوع العلة والداء. وبناء علي ذلك يمكن القول بأن عقد العلاج الطبي في حالة عملية تأجير الأرحام يتخذ مضموناً آخر وأن اقترب في الشكل عقد العلاج الطبي بصفة عامة

مما هو جدير بالذكر إنه قد اعتاد الفقه بصفة عامة عند عجزه عن إلحاق أي عقد من العقود الجديدة على أثر المستجدات والنوازل الطبية وبين إحدى

للتيجة التي ترتبت علي الفعل ، فمثلاً قالوا بأن في ذهاب العينين دية أي دية من جنبي عليه ، وفي ذهاب إحداهما نصف دية وعلي هذا لو أذهب الطبيب المعالج بخطئه إحدى العينين فإنه يلزمه نصف دية وهكذا وقد سبق الحديث عن ضمان الطبيب غير الحادق أو غير المأذون له ، وما ذكره ابن القيم في ذلك يفي فلا داعي لتكراره.

جاء في معين الحكم : مسألة : الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءها لا يضمن كالحلتان إذا غلط ، فإن قال رجلان : أنه ليس بأهل ، وهذا من خرق فعله وقال رجلان : هو أهل لا يضمن فإن كان في جانب الكحال واحد وفي الجانب الآخر اصنان ضمن .

وجاء فيه أيضاً : " مسألة : حجام قال لآخر لأن في عينيك لحماً أن لم تنزله عسيت عينيك فقال : إنا أزيله عنك ، فقطع الحجام لحماً من عينه وهو ليس بحاذق في هذه الصنعة فعميت عين الرجل يلزمه نصف الدية . "

العقود المسماة التى زينها القانون بأحكام وقواعد رغم كون هذه الاتفاقات الجديدة لا تندرج فى الطائفة العقود المسماة وعندئذ يحاول أن يضيف على هذا الإتفاق صفة الطبيعة الخاصة بدل من أن يحاول توليف وتكييف أوجه الاختلاف التى واجهته بإضفاء انتساب أحد العقود المسماة فى تسمية هذا العقد.

ومما لا شك فيه أن الحكمة من مقصدنا حول إدراج هذه العلاقة تحت عقد العلاج الطبي ليست راجعة إلى تأييدنا إلى عملية تأجير الأرحام، ولكن نقصد من وراء تكييفها محاولة وضع نظام لأطراف العلاقة حتى نستطيع من خلال هذا النظام وضع لجام للسيطرة على هذه الظاهرة.

وخلافا لما ذهب أصحاب الرأي السابق عن تكييف عقد تأجير الأرحام عقداً من نوع خاص فإننا نؤيد الاتجاه القائل بإضفاء السمة الطبية على طبيعة التعامل على الأرحام وإندراجه تحت عقود العلاج وندعم رأينا بالأسانيد الآتية :
أن الدفع بوجود الفروق الشاسعة بين عقد العلاج الطبي وعقد الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام هو دفع غير ذي سند، فالهدف الذى يريده أطراف العلاقة من اللجوء إلى هذه العملية هو الإنجاب، ولذلك لا يمكن أن ننكر صفة الأعمال الطبية التى تتعلق بهذه العملية من وجود طبيب تخدير وأشعة وتخصيب ونساء وتوليد وغيرهم من المتخصصين فى هذا المجال، فغاية الجميع تتجه إلى علاج العقم وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء فى إلزام الطبيب ببذل العناية لا يعنى ذلك أن يكون الالتزام بنتيجة، بل يكون مضمون هذا الالتزام بعدم تعرض المريض للخطر هذا فى الحالات المرضية المعتادة، ولكن بالنظر إلى التقدم الطبي الحديث وما أحدثه من تطورات فى المجالات الطبية نرى أن ضرورة وجود استثناء على درجة إلزام الطبيب بالعناية هنا لآمانع بأن يكون الالتزام ببذل عناية على العملية كلية أو بصفة عامة، أى لا يلتزم الطبيب بالنتيجة المهم هو بذل العناية المطلوبة لسلامة الأطراف، ولكن فى ظل التقدم لتكنولوجيا الحديث يترتب عليه تعرض المريض للأشعة بدرجة كبيرة مما يستدعى تعرضه بتركيبات أكبر من السابق وأحياناً تعتمد العملية كلية على أشعة الليزر حتى أنه يستغنى عن وجود الجراحة ولا يوجد آثار لها مما يستدعى إثقال المسؤولية على الطبيب ببذل عناية ونتيجة ليست النتيجة التى نقصدها نتيجة العملية من نجاح أو فشل ولكن

المقصود هنا ببذل العناية ونتيجة أي السلامة أثناء سير العملية من جراء ما يستعمل من أدوات أو أجهزة طبية أو ما يعطيه من أدوية.

وبالنظر إلى خطورة وحساسية واتصال هذه العملية بنوع من الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب يفترض أخذه التدابير اللازمة حتى لا يتسبب في نقل مرض آخر لصاحبة الرحم عن طريق العدوى بإضافة إلى أنه يفترض على الطبيب التأكد من خلة رحم الأم بالرحم من البييضات بعد الشفط وذلك لبراءة الرحم وكذلك تأكده من عدم اختلاط النطف بغيرها أثناء التخصيب وقبل الزرع في الرحم بالإضافة إلى أنه أحيانا تنعقد المسؤولية الطبيب أو المركز عن الحادث الذي يمكن أن يقع أثناء الرفع *prelevement* خاصة عند الحصول على البييضة الأمر الذي يستدعي عملية جراحية كاملة بتخدير كلي أو أثناء الزرع *implantation* أو التلقيح *insemination* ونحن هنا نكون بصدد عمل طبي *acte medical* يقدر حسب القواعد العامة في المسؤولية الطبية.

ومن ثم فإن هذه الممارسة تلقى على الطبيب مسؤولية خطيرة تتلخص في حماية أطراف العلاقة من الاضرار فلو ترك الموضوع على الغالب بمعنى لو صنف العقد على أنه من نوع خاص سوف يفتح من خلال ذلك ثغرات للتهرب من المسؤولية القانونية.

رغم عدم تأييدنا لمثل هذه العملية وذلك لعدم مشروعية محل الالتزام المرأة صاحبة الرحم المتمثلة في تسليم الجنين للأبوين البيولوجيين وعدم مشروعية سبب العقد إلا أنه محل إلتزام الطبيب هو ببذل العناية اللازمة رغم مخالفة هذا العمل الشرع وأصول المهن الطبية إلا أن محل إلتزامه مشروع، كذلك نرى أن موقف الطبيب القائم بعملية تأجير الأرحام مشابه إلى موقفه في عمليات الإجهاض.

وفي هذا الشأن اجتزى بأن أوصى بإنشاء مجلس وطني لأخلاقيات تطبيق العلوم الطبية تعتمد مهامه على كيفية توجيه وتقديم الآراء حول مواضيع الإنجاب الصناعي والنوازل الطبية بصفة عامة وكل مناهج العلاج التي يفرضها تطور التقنيات الطبية والبحث العلمي والأخذ بعين الاعتبار حماية السلامة البدنية لجسم الإنسان، ولا نقصد أو نهدف من إنشاء المجلس الاعتماد عليه كلية

بل نقصد أن يقوم دوره فى حدود التوجيه والإرشاد وإبداء الرأي باعتبار ما له من أحقيه تخصصية للعلوم الطبية وليس الفصل والبت فقط.

وخلاصة القول نرى وجود تقارب بين عملية تأجير الرحم والأعمال الطبية لكونها تقع فى صميم المسائل الطبية الفنية وترتبط بالتزامات الطبيب الأساسية مما يضافى عليها صفة العمل الطبي رغم عدم مشروعية المحل مما يخلع على عملية إستخدام الأرحام ضمن عقود العلاج الطبي ومغزى رأينا هذا ليس لأهمية هذه العملية ونسبها إلى العمل الطبي بل لكونها عملية خاصة بتقنية الطب وبالتالي قبول خضوعها إلى الرقابة الطبية لأهمية ما ترتبه هذه العملية من آثار وهو ميلاد طفل له حقوق الإنسان الطبيعى الأمر الذى يحتم علينا ان نقوم بدراسة المركز القانونى للأطراف فى الفصل التالى.

الفصل الثاني المركز القانوني للأطراف (حقوق والتزامات الأطراف)

في النسب عدة حقوق تتعلق بحق الأم وحق المولود وبحق - الله تعالى - ، ويتمثل حق الولد^(١) ويستجد علينا هنا حقا اخر نتيجة للتطورات الحديثة التي اظفر عنها الانجاب بنطف الغير وبالتالي اصبح للغير حقا بموجب ما اودعه من نطفة، هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى حق المولود في أن يجد أبا يرعاه وينفق عليه، فإذا ثبت هذا الحق فإنه لا يجوز لمن لحق به إسقاطه وفيه حق للام لأنها تعبر بولد لا أب له^(٢) وفيه حق للأب لينفق عليه الولد إذا احتاج وليدعوا له إذا صلح ولأنه زينة الحياة بالنسبة له كما في قولة تعالى: (المال والبنون زينة الحياة الدنيا). كما أن في النسب حقا لله تعالى لأن في صلة حقا لله عز وجل^(٣)

- ومما لا شك فيه - يعتبر الصغير ماثلا في دعوى النسب وأن لم يظهر في الخصومة باسمه، ولا تملك الأم إسقاط حق وليدها في هذا المجال، فان الدعوى التي ترفعها الأم أو الغير بطلب ثبوت نسب المولود، يعتبر الأخير ماثلا فيها، وأن لم يظهر في الخصومة باسمه، لنيابة مفترضة في جانب رافعها، لما ينطوي عليه من حق للخالق، ونحن مع الرأي المؤيد لصحة أن ترفع به الدعوى حسب^(٤) وذلك لتعلق هذه الدعوى بحق الله تعالى كما أسلفنا وبالتالي تعلقها بالنظام العام.

وجديرا بالذكر القاعدة هي عدم إجازة التصرف في النسب بأي وجه من الوجوه أو التنازل عنه للغير، فلا يكون محلا للبيع، لأنه ليس بمال، ولا يكون محلا للهبة والصدقة والوصية كما أنه لا يجوز تجزئته ومن منطلق ذلك سوف نقوم بدراسة لحقوق (المرأة صاحبة الرحم المستأجرو يليها حقوق أصحاب النطف

(١) ابن عابدين ج٢ ص ٦١٦ - ٥٩٢ - / البدائع ج ٣ ص ٤٧ / نهاية المحتاج ج ٧ ص ١١٦ / المغنى ج ٧ ص ٤٢٤
(٢) جواهر الاكليل ج ٢ ص ٣٤٢ نيل المآرب ج ٢ ص ٢٧٠
(٣) المجلي ج ٤ ص ٣٢٢، ٣٢٣
(٤) طعن رقم ٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٥ / ١٢ / ٣١.

البيولوجية من خلال إلتزامات صاحبة الرحم وأخيرا مدى إمكانية تطبيق الجزء المدني على مخالفة أطراف علاقة الرحم لشروط العقد وهذا من خلال المباحث التالية.

المبحث الأول

حقوق المرأة صاحبة الرحم

التزام أصحاب النطف البيولوجية بدفع مقابل المنفعة لصاحبة الرحم المستأجر (العامل للحمل):

وبالرغم من أن جميع طرق الإخصاب غالية فقد ظهر العديد من الجدل في نظام القانون الأمريكي حول استخدام عملية نقل الأرحام، لأنها تشمل استخدام طرف ثالث لخلق طفل ومن ثم تتطلب تكنولوجيا متقدمة للغاية^(١)، وعملية نقل الأرحام متاحة فقط للأغنياء. ويجادل معارضوا عملية نقل الأرحام إنه لا يُسمح بالممارسة وأي من هذه التعاقدات المعلنة باطلة بسبب حقيقة أن عملية نقل الأرحام تكون فقط متاحة للأثرياء والسيدات الفقراء أو ذوات البشرة الملونة يوافقن على العمل كبذائل بسبب المصاعب المالية.

وهناك اعتبار اقتصادي أخريشكل مشكلة كبيرة. وهو أن التأمين لن يغطي الطرق وخصوصا عملية نقل الأرحام عموما^(٢)، وبالإضافة إلى ذلك فإن العديد من شركات التأمين - في محاولة للسيطرة على التكاليف - بادرت بشروط الحاجة الطبية والأزواج من نفس الجنس الذين يسعون لاستخدام عملية نقل الأرحام لحمل طفل الذي يُرفض في تغطية التأمين حيث إنهم لا يعانون من العقم طبييا^(٣).

على الرغم من التحديات الاقتصادية فبعض المؤيدين لعملية إيجار الرحم يجادلون بأن المبادئ القانونية والاقتصادية تكمن وراء تعاقدات إيجار الأرحام مثل آخرين.

(١) See R.R. v. M.H., 689 N.E.2d 790, 796 (Mass. 1998).

(٢) Id.

(٣) (citing generally Richard A. Posner, the Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood, 5 j. contemp.health L.& pol'y 21 (1989)).

ويظهر تطبيق هذه النظريات أن أطراف تعاقد نقل الأرحام يدخل حيز التنفيذ حيث أن التعاقد الذي يقوم بالخيارات العقلانية ومعظمها غالباً يُستمد من تحليل المخاطرة/ الفائدة. وأكثر من ذلك فإن رؤية اختيار البديل لحمل طفل كخيار غير عقلاني تغذيه المشكلات الاقتصادية الأليمة، ومؤيدو النظرية الاقتصادية التي تكمن في تعاقدات نقل الأرحام يجادلون بأن الأم البديلة تستحق الأجر لمدة تسعة شهور لحمل الطفل وستجتاز إجراءات طبية كثيرة. وبموجب هذه الرؤية تقوم الأم البديلة باتخاذ القرار العقلاني حيث الأموال التي تستقبلها أكبر استفادة عن المخاطرة التي ستجتازها، وبشكل مشابه فيعتقد الآباء المقصودون أن الاستفادة التي سيستقبلونها تستحق أكثر من الأموال التي سيدفعونها وعلى الرغم من أن المعارضين لهذا القانون ومنهج الاقتصاد لتعاقدات نقل الأرحام يجادلون بأن الطفل هو الطرف الثالث غير الموافق للتعاقد الذي لا يتلقى أي فائدة، ويرد المؤيدون بأن الفائدة للطفل هي كونه يُولد عموماً^(١). كما يرى بعض من الفقه^(٢) أن عملية تأجير الرحم في أغلب الأحوال تكون بدون مقابل أي طوعاً أو تبرعاً، ومن ثم تنتقي فكرة مقابل المنفعة وهذا بخلاف عقد الإيجار في القانون المدني، فإذا أنتفي المقابل الماضى أي الأجرة خضع لحكم الفسخ.

ومع التسليم بوجود المقابل وخاصة في الدول التي تمارس وتنظم مثل هذه العمليات^(٣) في عقد الحمل بتأجير الأرحام، إلا أنه يختلف مع المقابل في عقد

(١) See Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

(٢) د. محمد دوح خيرى هاشم المرجع السابق ص ٢٥٤
(٣) حيث يوجد في الواقع قانون إستئجار الأرحام في أمريكا، وتنظم من خلاله بعض المسائل القانونية المتعلقة بهذا العقد، مثل تحديد حقوق الطفل، وحقوق الوالدين، وطريقة الدفع للأم المستأجرة، بالإضافة إلى تنظيم مسألة تأمين الرعاية الصحية، ويجب أن يتضمن عقد إستئجار الأرحام في أمريكا البنود التالية:
١- تحديد مسؤولية الزوجين بالنسبة للإلتزامات المالية.
٢- التأكيد على ضرورة إجراء تحليل للأمراض الوبائية (الكبد الوبائي) كجزء من الفحص الطبي الشامل.
٣- التأكيد على ضرورة إجراء فحوصات نقدية تشمل كل الأطراف المعنية.
٤- تحرير عقد ملكية ينظم التصرف بالنسبة للجنين تبعاً لهذا العقد. —
٥- تحديد الوقت الذي يقرر فيه الطرفان بدء تاريخ الإيجار من أجل الحمل.

الإيجار. أما بالنسبة لعقد تأجير الرحم فمن غير المتصور أن يحدد المقابل علي قدر قيمة المنفعة التي ستعود علي الأبوين البيولوجيين من هذا العقد حيث أن المنفعة التي ستعود عليهم هو مولد الطفل الذي يرجى وجوده ومن ثم فإن محل الانتفاع في كلا العقدين مختلفا في طبيعته فهو رحم المرأة المستأجر للحمل في عقد تأجير الرحم وفي عقد الإيجار المدني المحل أي الشئ المؤجر عبارة عن عقار أم منقولا يخضع عقد الإيجار فيه لحكم الفسخ عند إخلال المستأجر بالوفاء بالتزامه في دفع القيمة الإيجارية ولا يتصور علي فرض قبول انطباق مفهوم الإيجار علي الانتفاع بالرحم أنه يمكن إخضاع عملية تأجير الرحم للإنهاء وذلك بإجهاض الحامل نفسها نتيجة عدم وفاء الزوجين بالأجرة المستحقة لها.

هذا بالإضافة إلى أنه لا يمكن اعتبار المقابل واحد في كلا العقدين من ناحية. ومن ناحية ثانية فبالنسبة للأب البيولوجي فإن القول بجواز تطبيق احكام عقد الإيجار علي مثل هذه التصرفات يؤدي إلي إلزامه بسداد مقابل خضوع الأم المستأجرة لهذه العملية وهو ما يطلق عليه مقابل الانتفاع^(١) وهذا علي خلاف ما يراه البعض^(٢) بأن عقد تأجير الرحم هو عقد إجارة للأشخاص أو الخدمات. إلا أن مجرد وجود لفظ المقابل المادي في كلا العقدين لا يؤدي بالضرورة بأنهما واحد. لأن كل عقد له مفهومه وخصائصه والآثار المميزة له، ومن ثم يعد هذا من ضمن الأسباب عدم إدراج عقد تأجير الأرحام تحت عقد الإيجار لإختلاف الطبيعة القانونية لكلا العقدين.

-
- ٦ - التأكيد على أن كل الوثائق والسجلات سيتم الإحتفاظ بها كمعلومات يمكن اللجوء إليها في وقت لاحق ولأسباب طبية.
- ٧ - تحرير عقد بين الطرفين يتعلق بتنظيم مسألة التأمين الصحي ودفع أقساطه.
- ٨ - مطابقة الطرفين بالإحتفاظ بالسجلات الطبية لحين الحاجة إليها.
- ٩ - تحديد قانون الولاية الذي سيخضع له الطرفان للتقاضى حين اللزوم.
- لمزيد من التفاصيل راجع الموقع الإلكتروني :

* Surrogate mother information , center for surrogate parenting inc.

* <http://www.creating families.com/info.html>.

(١) د. حبيبة سيف سالم المرجع السابق ص ٣٤٩

(٢) د. مدوح خيري هاشم المرجع السابق ص ٢٥٠ وأشار الي Ibid.op.cit , p117

هل يحق لصاحبة الرحم التعامل عليه رفع دعوى على الأبوين البيولوجيين عند إخلالهم بعدم تنفيذ مستحقاتها المالية المتفق عليها في عقد إيجار الرحم أم أنه ليس لها الحق في رفع هذه الدعوى باعتبار أن هذه المستحقات كسب غير مشروع؟

بناء على رأى الحكم الشرعى لهذه العملية الذى ثبت بالاستقراء أنها حرام، تحدث الفقهاء في حكم أجر المنفعة المحرمة وذهب الجمهور إلى حرمة أخذ الأجرة علي الإجارة المحرمة.

الحنفية:

قال الكسائي: (ومن استأجر حملاً يحمل له الخمر يصيب له الأجر في قول الأمام أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يكره لهما أخذ الأجرة لأن هذه إجارة علي معصية ولأن حمل الخمر معصية لكونه إعانة علي المعصية.

وقد قال الله عز وجل: [وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ] ^(١) ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمولة إليه، ولأبي حنيفة أن نفس الحمل ليس بمعصية بدليل أن حملها للإراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب، لأن ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سبباً محضاً فلا حكم له كعصر العنب وقطفه، والحديث محمول علي الحمل بنية الشرب وبه نقول أن ذلك معصية ويكره أكل أجرته ^(٢).

وأرى أن حامل الخمر يشجع علي شربه ويتعاون علي هذه المعصية لذلك يكره أخذ الأجر علي المعصية أو علي المنفعة المحرمة.

المالكية:

قال محمد المغربي المالكي في مواهب الجليل: (والحرام أن يؤاجر نفسه منه فيما لا يحل من عمل الخمر أو رعي الخنازير فهذا يفسخ قبل العمل فأن فات تصدق بالأجرة علي المساكين) ^(٣).

الحنابلة:

قال إبراهيم الحنبلي في المبدع: (يجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة والمنفعة المحرمة مطلوب عدمها وصحة الإجارة تنافيها إذ المنفعة المحرمة لا

(١) سورة المائدة الآية ٢.

(٢) بدائع الصنائع / ج ٤ / ص ١٩٠.

(٣) مواهب الجليل / ج ٥ / ص ٤١٩.

تقابل بالعوض في البيع فكذا في الإجارة كبيع الخمر لأنه فعل محرم فلم تجز الإجارة عليه، ويكره أكل أجرته ولا يحل أخذ الأجر عليه^(١).

ولما أصدر المجمع الفقهي في أسلوب الرحم الظئر قرار التحريم، ترتب علي هذا القرار حرمة أخذ الأجرة بدل الحمل، لأن المنفعة محرمة، وما بنى علي باطل فهو باطل، ولما كان أسلوب إجارة الأرحام محرماً عند بعض المذاهب كانت مقدماته محرمة أي دفع النقود وأخذها لذلك يؤثم دافع النقود لأنه أنفقها في وجه غير شرعي ويحرم أخذها لأن الآخذ قد أخذ أجره علي منفعة محرمة. أما بالنسبة إلى إلزام المستأجر برد الشيء المؤجر بنفس الحالة التي تسلمها من المؤجر عند بداية العقد

الفصل هنا في الحيابة فكيف يعقل أن يلتزم المستأجر بتسليم الشيء المؤجر (محل الإيجار) إلى المؤجر وهو عضو الرحم وهو لم يتسلمه من الأصل. فهذا أمر متصور بالنسبة لعقد الإيجار حيث يتم تفحص الشيء المؤجر من قبل المؤجر بعد نهاية عقد الإيجار وتحديد ما إذا كان على الحالة التي تسلمها عليها المستأجر من عدمه، فالأمر واضح ولا يحتاج لخبرة معينة لأن المؤجر هو أفضل شخص في تفحص الشيء المؤجر أما الرحم محل الاتفاق لم ينتقل من المؤجر إلى المستأجر بل مازال الشيء المؤجر (الرحم) في حوزة المؤجر لم يفقد السلطة المادية والفعلية عليه، وذلك بخلاف الحال في عقد الإيجار. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فمن أين يتسنى للمستأجر معرفة أن الشيء المؤجر مازال بالحالة التي كان عليها عند التعاقد. وأن كان ذلك متصوراً عقلاً لحظة انعقاد العقد وإخضاع السيدة المتطوعة بالحمل للفحوصات الطبية المختلفة وذلك لتأكد المستأجر من صلاحية الشيء المؤجر للانتفاع به، فمثل هذه الفحوصات لن يقوم بها المستأجر مرة أخرى بعد قيام صاحبه الرحم المستأجرة بوضع المولود، لأن ذلك لن يفيد المستأجر. لأنه حصل على المنفعة الكاملة من الشيء المؤجر ولا يهمه بعد ذلك صلاحية الشيء المؤجر للانتفاع به بعد ذلك من عدمه.

(١) المبدع / إبراهيم بن محمد الحنبلي / ٨٨٤ ت / ١٠ أجزاء / المكتب الإسلامي / بيروت
/ ١٠٠ هـ / ج ٥ / ص ٧٤.

ونضيف على ما سبق أن اتفاقات التعامل على الأرحام البديلة لا تتوافر فيها أركان العقد الصحيح لوجود الجهالة والغرر^(١).

والغرر في عقد الرحم المؤجر ظاهر في المعقود عليه وهو الجنين في الرحم وتتوافر شروطه على النحو التالي كالاتى :

- ليس معروفاً أذكر هو أم أنثى.
- مواصفات وأوصاف الجنين مبهمه.
- حياة الجنين غير مضمونة.

وإذا كان الغرر موجوداً في أصل المعقود عليه يوجب حينئذ بطلان وفساد العقد. وكذلك فإن المعقود عليه وهو الجنين يعتبر حراً ولا يصح التعاقد على الشخص الحر بالمال أو الهبة. وأخيراً يترتب على ذلك:

- ١- حرمة أخذ الأجرة من الزوجين أو الراغبين بالإنجاب لأن العقد محرم ومقدماته أيضاً محرمة.
- ٢- حرمة أخذ الأجرة في الإجارة المحرمة.
- ٣- الشرع جعل شرط استحقاق الأجرة في العمل الطبي الإذن فيما فعله شرعاً لذلك لا يجوز أخذ الأجرة من منفعة محرمة.

المبحث الثاني

التزامات صاحبة الرحم

مما لا شك فيه أن الالتزام الرئيسي الذي يلقيه عقد الرحم المستخدم علي عاتق صاحبة الرحم هو التزام بتمكين أصحاب النطف من الانتفاع بالعين المؤجرة

(١) وبيع الغرر هو البيع الذي فيه خطر انفساخه بهلاك المبيع وما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا / هذا وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء وكذلك نهى عن بيع العريان بيع العريان: أن يشتري الرجل العبد أو الدابة فيدفع إلى البائع ديناراً أو درهماً على أنه إن تم البيع كان من ثمنه وإن لم يتم كان للبائع.

لما فيه من الغرر. (التعريفات / علي بن محمد بن علي الجرجاني / ٨١٦ ت / جزء واحد / دار الكتاب العربي / بيروت / ١٠٥ هـ / ط ١ / ص ٦٩).

وهى الرحم^(١)، ويتطبيق ذلك حول مسئولية صاحبة الرحم المستأجر فى سلامة جسدها ككل وليس لرحمها فقط كالتزام المالك لسلامة العقار ككل وليس كل وحدة على حدة وكذلك بتطبيق (نص المادة ١٣٢) من القانون المدنى المصرى " إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطل على عقد الرحم المستأجر فلا يوجد إستحالة لالتزام صاحبة الرحم بتسليم الطفل حيث ينحصر محل التزامها فى تسليم الطفل وليس تسليم الرحم لاستحالة ذلك، لأنه لا يعد من الأشياء ولكن الذى يجعل الالتزام مستحيلا من وجهة نظر الشريعة الإسلامية هو عدم مشروعية محل الالتزام.

ويستفاد مما سبق أن الاستحالة فى التنفيذ^(٢) هنا لا تمنع من قيام الالتزام، لأن العمل وأن كان مستحيلا بالنسبة للمتعاقد إلا أنه ليس مستحيلا بالنسبة لغيره، ولذا ينشأ الالتزام صحيحا ويجب على المدين أن يعوض وانطلاقا مما سبق وأن اشرنا حول محل الالتزام هناك فرق بين إستحالة محل الالتزام واستحالة منفعة الرحم حيث أن محل المنفعة هنا وهو رحم المرأة يندرج تحت الاستحالة المطلقة باعتباره جزء من جسدها فإنه لا يدخل فى مفهوم الأشياء لأن الأشياء هى التى

(١) بما يفرضه عليه ذلك من ضرورة تسليم العين المؤجرة على نحو تصلح معه لأداء الغرض مع التزامه بضمان عدم التعرض له سواء أكان من جانبه أم من ناحية الغير - أى أنه يسأل المؤجر عن كل ما يصيب المستأجر من أضرار جسدية أو ما يلحق بالغير من أضرار نتيجة لذلك، ومسئوليته هنا ليس مصدرها عقد الإيجار الذى يكون قد نفذ ما يلتزم به من التزامات وإنما تقوم على الأساس التقصيري الذى ينبثق عن مخالفة الالتزام العام والواجب القانوني بعدم الإيذاء. وعلى سبيل المثال عقد الإيجار المرتبط به تار يلتزم المؤجر (المالك) بضمان سلامة المستأجرين ضد كل ما يتهدد بهم من جراء المبنى أو ما يشكل مساسا جسديا لهم عند استعمالهم لمرافق.....

فإن إثارة وجود الالتزام على عاتق المؤجر بضمان سلامة المستأجر قد يشير معه أمراً آخر يرتبط بمدى التزام مالك العقار (المؤجر) بحراسة العين المؤجرة ولاشك فى أن هذا الالتزام يمكن تصويره بالنسبة للعقار ككل وليس بصدد كل عين مؤجرة على حدة.

(٢) بالرجوع إلى نص المادة ١٣٢ يتبين أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلاً يرى فقهاء القانون المدنى: أن الاستحالة المنصوص عليها هى الاستحالة المطلقة وهى الاستحالة التى تقوم بالنسبة للناس كافة أى أن العمل الموعود به يستحيل تنفيذه ليس فقط على المدين بل بالنسبة لجميع الأشخاص ففي هذه الحالة يكون العقد باطلاً إذا كانت الاستحالة المطلقة قائمة عند التعاقد أما إذا حدثت بعده فإنه يكون قابلاً للفسخ.

تصلح محلاً للعقود كما سبق وأن اشرنا ومنها الإيجار فضلاً عن إستحالة تسليم الرحم الذي هو محل المنفعة للمستأجر - الزوجين - للانتفاع به طوال الفترة المتفق عليها منفصلاً عن الجسد الذي يرد عليه التعاقد بينهما^(١). وبموجب الإلتزامات التي يفرضها الإتفاق المعقود بين أطراف علاقة الرحم المستأجر والذي يخصصنا بالذكر في هذا الجزء الإلتزام الواقع على عاتق صاحبة الرحم الذي يتم التعامل عليه ومن ثم يقع على عاتقها بموجب هذا الاتفاق عدة إلتزامات سنقوم بسردها على النحو التالي، أولاً الإلتزام بتسليم المولود بعد ولادته حسب الاتفاق لأصحاب النطف، ثم الإلتزام بالرعاية والحفاظ على الجنين، يليها ضمان عدم التعرض الصادر من (المؤجر - صاحبة الرحم المستأجر)

المطلب الأول

إلتزام صاحبة الرحم المستخدم بتسليم المولود لأصحاب النطف

وتطبيقاً لنص المادة ٥٦٤ في التقنين المدني الجديد^(٢) على الحالة التي يجب أن يتم عليها تسليم الشيء المؤجر (عضو الرحم محل الانتفاع) إلى المستأجر على من يقع عبثها؟

يجب التأكد من براءة رحم (صاحبة الرحم المستأجر) وهذه عملية تتم بمعرفة الطبيب لأنها تحدث أحياناً والمرأة تقريباً تحت تأثير المخدر، حيث يفصل الرحم وتشفط جميع البويضات الموجودة به وهذا للتأكد من خلوه بنطفة أمشاج مكونة من خلال زوجها

وبناء عليه هل مسئولية التأكد من براءة الرحم مسئولية صاحبة الرحم المستأجر أم مسئولية الطبيب أم الأبوين البيولوجيين على اعتبار أنه يجب عليهم المعاينة التامة النافية للجهالة لمحل العقد وهو الرحم نرى أن المسئول عن الحالة التي يجب أن يتم عليها تسليم الشيء المؤجر تقع عليهم جميعاً يفترض على صاحبة الرحم الاحتياط قبل ممارسة هذه العملية وعلى الزوجين المعاينة من خلال إخضاعها إلى الكشف والفحص الطبى الدقيق ويكون ذلك من خلال

(١) حاشية البجيرمي - المرجع السابق.

(٢) جاءت المادة بأن: "يلتزم المؤجر أن يسلم المستأجر العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة وفقاً لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين.

المستندات المشتملة على التاريخ أما الطبيب فينبغي عليه التأكد قبل البدء فى العملية بخلو الرحم من الأجنة أو النطف وبناء عليه مخالفة عملية تأجير الأرحام لهذا الشرط لعدم إمكان وقوع الالتزام بالتسليم على المرأة المؤجرة لرحمها على حدة.

هل يحق لصاحبة الرحم أن تؤجر من الباطن لزوجين آخرين رحمها؟ بمعنى أنه لو اتخذت هذه الوسيلة مهنة ولربح السريع وأجرت صاحبة الرحم المستأجر لأكثر من أسرة رحمها دون علمهم بحيث أصبح فى رحمها طفلان أو لو كان أحد الطفلين ملكا لها ولزوجها هل يحق للأبوين البيولوجيين المطالبة بتطبيق المادة ٥٦٦ من التقنين المدنى سالفه الذكر باعتبار لو تم التسليم بتنفيذ هذه العملية وأدرجها تحت عقد الإيجار.

وبالرجوع إلى نص المادة ٥٦٥ مدنى التى تقضى بأنه:

"إذا سلمت العين المؤجرة فى حالة لا تكون فيها صالحة للانتفاع الذى أجرت من أجله أو إذا نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا جاز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع مع التعويض فى الحالتين إذا كان لذلك مقتضى.

فإذا كانت العين المؤجرة المتمثلة فى الرحم الموجود فى جسدها فى حالة من شأنها أن تعرض صحة الجنين لخطر جسيم كإهمالها فى صحتها عن طريق تعاطيها لدواء أو للخمور مثلا أو لرفضها خوفا على صحتها بإخضاعها إلى التخدير مثلا للإجراء عملية علاجية للجنين وهو بداخل رحمها جاز للمستأجر الأبوين البيولوجيين أن يطلبوا فسخ العقد، وبما أن هذا يستحيل تنفيذه كما سبق وأن بينا إذا لا يمكن إدراج هذه العلاقة على عقد الإيجار لاستحالة حدوث الفسخ للعقد لأنه كيف يفسخ ومحل العقد روح إذا لا يمكن تطبيق المادة سالفه الذكر حيث يعد هذا سبب من أسباب عدم إمكانية إخضاع عقد تأجير الأرحام إلى عقد الإيجار.

أ- القياس على حالة عدم قيام المؤجر بالتسليم بسبب هلاك العين:

ماذا يحدث لو أصيبت صاحبة الرحم المستأجر بعرض يعيل بينها وبين تكملة رحلة الحمل بعد أتمام غرس نطفة الأمشاج الزوجين بهذه الصورة هل يمكن تطبيق المادة سالفه الذكر على هذه الحالة؟

يلاحظ أنه إذا هلك الشيء المؤجر (التمثل في الرحم الحاضن للطفل) قبل التسليم (المراد هنا بالتسليم أى تسليم صاحبة الرحم المستأجر الطفل لأبويه البيولوجيين فإنه يهلك على المؤجر (صاحبة الرحم المستأجر) باعتباره مالكا للشيء المؤجر فإذا حدث الهلاك قبل إبرام عقد الإيجار فإن محل العقد لا يكون موجودا ويعد الإيجار باطلا وإذا كان الهلاك جزئيا بطل الإيجار بالنسبة للجزء الهالك وحده إلا إذا تبين أن الإيجار ما كان ليتم بغير هذا الجزء.

أما إذا حدث إهلاك بعد إبرام العقد بغير خطأ من المستأجر (صاحبة الرحم المستأجر) سواء تم الهلاك قبل التسليم أو بعده فإنها تهلك على المؤجر لأنه المالك وينفسخ عقد الإيجار إذا كان الهلاك كلياً ويحق للمستأجر طلب فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة إذا كان الهلاك جزئياً والسبب في ذلك هو عدم قيام المؤجر بتنفيذ التزاماته وليس للمستأجر الرجوع بالتعويض.

ب - القياس على حالة عدم قيام المؤجر بالتسليم بسبب لا يرجع إلى هلاك العين:

ماذا يحدث لو أبرم الاتفاق أو العقد بين كلا من الزوجين وصاحبة الرحم المستأجر ثم امتنعت الأخيرة عن التنفيذ بتسليم رحمها لهم (تسغيره بالسماح لهم بإشغال رحمها بنطفتهما)؟ وانطلاقاً مما سبق تبين أن المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة كاملة بحيث يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة دون عائق (كوجود مرض أو اعتراض مما له حق خوله القانون له - كالمستأجر فضلاً عن ذلك يكون المؤجر مخلاً بالتزامه بالتسليم إذ امتنع عن تسليم العين أو سلمها في حالة لا تصلح معها للانتفاع بها وبتطبيق ذلك على القيد الوارد على صاحبة الرحم المستأجر فضلاً عن استحالة تسليم العين للانتفاع بها. فلو اقترضنا جبراً أن المفقود عليه في عقد الرحم المستأجر بل هو تمليك منفعة للرحم فإنه يستحيل تسليم الرحم منفصلاً عن الجسد لاقتضاء منفعته المقصودة. بالإضافة إلى كون الرحم لا يستقل بمسألة حفظ الجنين وإمداده بالغذاء بل تشاركه بقية أعضاء الجسد في إتمام تلك المهمة^(١).

(١) د/ عبد الحميد عثمان محمد، أحكام الأم البديلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١٦، ص ١١٨.

ج - عقد موازنة على السلطة المخولة بين كلا من حق المنتفع وحق المستأجر على صاحبة الرحم المستأجر:

التباين بين الالتزامات المترتبة على صاحبة الرحم المستأجر تجاه حق الانتفاع المخول للزوج على زوجته : يظهر في إجراء الموازنة على السلطة المخولة لحق (التمثل في زوج صاحبة الرحم المستأجر) وبين حق المستأجر المتمثل في (الأبوين البيولوجيين أصحاب النطف) على الرحم رغم وجود أوجه تشابه كبيرة بين كلا من عقد الإيجار وحق الانتفاع من حيث أن كلا من المستأجر والمنتفع مستفيدا بمنفعة ملك غيره الا أن يظهر الاختلاف في عقد الإيجار عن حق الانتفاع في أن الإيجار يخول المستأجر حقا شخصيا بينما يعد الانتفاع حقا عينيا. ولذلك يثور اللبس في بعض الأحيان حول ما إذا كنا بصدد إيجار أو بصدد حق انتفاع والعبرة في رفع هذا اللبس هو بقصد المتعاقدين، ويستدل على هذا القصد من ظروف العقد وأحكامه^(١).

الزوج وأصحاب النطف وحقا كلا منهما على الرحم:

- ١ - أن حق المنتفع يعد حقا عينيا أما حق المستأجر فهو حق شخصي.
- ٢ - أن ما يميز حق الانتفاع (الزوج) عن الإيجار بصفة أساسية هو أن المنتفع إنما يستفيد بالشيء محل الانتفاع دون وساطة صاحبه أما المستأجر (أصحاب النطف) فلا يتسنى له هذا الانتفاع الا بواسطة المؤجر للشيء.
- ٣ - أن حق الانتفاع قد يكون بعوض أو بدونه (كدفع المهر أو حل الاستمتاع أما الإيجار فيعتبر من المعاوضات. منفعة مقابل أجر

(١) فمثلا إذا اتضح أن مالك الشيء لا يلتزم في مواجهة المستفيد أو المنتفع بأي التزام متفرع من الالتزام العام بتمكين المستأجر من الانتفاع كنا بصدد حق انتفاع لا إيجار وكذلك فإن طول مدة الانتفاع يغلب معها أن العقد ليس إيجارا غير أن هذه قرينة بسيطة فالأصل أنه يمكن أن يمتد الإيجار مدى حياة المستأجر دون أن ينقلب حقه إلى حق انتفاع وإنما لا زال حقه شخصي. أما إذا اتضح من بنود العقد أن مالك الشيء لا يلتزم بصيانة العين محل الانتفاع فإن هذا لا يدل بالقطع على أن العقد ليس إيجارا ذلك أن الالتزام بالصيانة يعد من الأحكام المكملة لإرادة المتعاقدين والتي يمكن استبعادها باتفاق الأطراف.

٤ - أن حق الانتفاع لا يتضمن سوى إلتزام عام على عاتق مالك الرقبة. (لزوجة) هو أن يترك صاحب حق الانتفاع ينتفع بالشيء (الزوج) أما فى عقد الإيجار فإن الإلتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع هو الإلتزام إيجابى يقتضى أن يستمر المؤجر فى تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر طوال مدة عقد الإيجار (أى تستمر صاحبة الرحم بتمكين الأبوين البيولوجيين من الانتفاع بالشيء حتى الإنتهاء من مدة الإيجار مع الاحتفاظ بضمان التعرض

٥ - أن مصدر حق الانتفاع يكون سببا من أسباب كسب الحقوق العينية عدا الميراث أما مصدر الإيجار فهو دائما العقد هذا الشرط يتعارض كلية مع عقد إيجار الرحم لأن كلا من الزوجين يرثان بعضهما بموجب عقد الزواج الذى أعطى للزوج حق الانتفاع ببضع زوجته

٦ - إن حق الانتفاع ينقضى حتما بوفاة المنتفع أما حق المستأجر فلا ينقضى بذلك السبب فيجوز أن تنتقل حقوق العقد والتزاماته إلى الخلف العام^(١).
رأى الباحث:

وبالرجوع إلى الآراء السابقة^(٢) يتبين أن عدم القدرة على تسليم الرحم المستأجر^(٣) لأن محل الإلتزام فى هذا العقد بناء على هذا التصور، هو الانتفاع

(١) ولذلك إذا ورد الانتفاع على عقار، عد حق الانتفاع مالا عقاريا ويصلح بالتالى أن يكون محلا للتصرفات العقارية من بيع ورهن وهبة ويجب الشهر لهذه التصرفات عندئذ. أما حق المستأجر فهو حق شخصى حتى ولو كان واردا على عقار وذلك لا يجب شهره الا فى احوال استثنائية كأن يكون عقد الإيجار مبرما لمدة أكثر من تسع سنوات
(٢) كما يرى جمهور الفقهاء أن القدرة على تسليم المحل شرط من شروط صحة العقد فإذا لم يكن البائع قادرا على تسليم المبيع مثلا فإن البيع لا يكون منعقدا بل يكون باطلا وأن كان ممكنا بعد ذلك فيبيع الطير فى الهواء والسمك فى الماء والحيوان آت الضالة مثلا غير جائز باتفاق المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة/. وهذا الشرط يطبق فى جميع العقود سواء أكانت معوضات مالية.

أم تبرعات واستثناء من ذلك فإن الشافعية يجيزون بيع غير المقدور على تسليمه لقادر على تسليمه يقينا بدون مؤنة أما إذا احتاج فى تسليمه إلى نفقات مالية أو تعب بدني فإن العقد لا يكون صحيحا (قوانين الأحكام الشرعية: ص ٤٤٩. البدائع: ١٤٩/٥.
حاشية البجيرمي: ١٨٠/٢. الأقناع: ٦٤/٢.

(٣) المقصود بهذا الشرط من وجهة نظر الشريعة الإسلامية أنه لا بد أن يكون المؤجر قادرا على تسليم محل الإجارة للمستأجر، فإذا لم يكن باستطاعة المؤجر ذلك، فلا تجوز

برحم الحامل وذلك بتسخيره بالحمل لحساب الزوجين خلال فترة زمنية معينة هي فترة الحمل ، وطالما أن رحم المرأة جزء من جسدها فإنه لا يدخل في مفهوم الأشياء ؛ لأن الأشياء هي التي تصلح محلا للعقود ومنها الإيجار ، ولكننا نرى من جانبنا أن. الحرمة هنا ليست فى عدم إمكانية التسليم وحده باعتبار أن عضو الرحم ليس من الأشياء لأننا لو اعتمدنا على هذا الدليل فقط لظهر لنا رأى معارض وخاصة من أهل الطب ناهيك عن الصفوف التى تنتظر أن يبيع أحد لها كلية أو جزء من مرارة الخ..... فلو طبقنا مبدأ أن الجسد ليس من الأشياء ولذلك يستحيل التسليم لإمكانية الانتفاع بمحل الإيجار وبالتالي عدم إمكانية اندراجه تحت وصف عقد الإيجار ، لوجدنا أن الكلية وغيرها من بعض الأعضاء تخضع لعقد بيع بالرغم من أنها عضو من أعضاء الجسد ويسرى عليها ما يسرى على الرحم ولكن مع اختلاف نوع العقد أحيانا يخلع عليه عقد بيع وانطلاقا من هذا الرأى نرى أنه يجب أن يقترن مع شرط عدم إمكانية التسليم للاعتبارات التى سبق وأن أوضحناها عنصرا خرو وهو الضرورة لأن معيار الضرورة كما سبق وأن اشرنا هو الحماية من الهلاك ولا خلاف حول عدم توافر هذا العنصر فى الإنجاب.

المطلب الثانى

الالتزام بالرعاية والحفاظ على الجنين

هل يستطيع الزوجان أن يثبرا مسئولية صاحبة الرحم المستأجر فى حالة الإخلال بعدم تنفيذ بالصيانة^(١) اللازمة للنطف المودعة إذا كان هذا ضمن

الإجارة، ولذلك لا يجوز استئجار عيذ أبى أو بعير شارد أو شئ غير مملوك للمؤجر (لهدايه ج ٣ / ٢٦١ ، بداية المجتهد ج ٢ / ٢٥٦ ، حاشية الدسوقي ج ٤ / ١٩ ، المواهب ج ٥ / ٤٢٢ ، المهذب للشيرازي ج ١ / ٢٦٣ ، المعنى لأبن قدامة ج ٤ / ٢٩٣ مشار اليه فى تأجير الأرحام فى ضوء الأجهادات الفقهية والمعطيات الطبية - د. رمضان القطان - ص ٣٧.

(١) عقد الإيجار يهدف إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ المؤجر طوال مدة العقد. ففي التقنين المدنى القديم تقضى المادة ٤٥٣ / ٣٧٠ بأن "لا / وبالنسبة إلى التقنين المدنى الجديد فلقد سلك مسلكا مختلفا حيث قضت المادة (١ / ٥٦٧) بأن: "على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التى سلمت بها وأن يقوم فى أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيرية. .."

الاتفاق ، والتي أدى إهمالها إلى عدم الحمل كلية أو في حالة ميلاد طفل معاب أو لأن الطفل لا يطابق مواصفاتها المطلوبة؟

حكم المرأة المنفردة:

عند لجوء الزوجين للإنجاب عن طريق شغل رحم امرأة غير متزوجة بحمل نطفتي الأمشاج فى مقابل المادى مع التزام الحامل بتسليم المولود للزوجين عقب الولادة وهى الطريق التى درج على تسميتها بإيجار الأرحام.

هل يعد تصرفها إخلالا بضمان التعرض الشخصى إذا تزوجت صاحبة الرحم أثناء حملها لأصحاب النطف البيولوجية؟

لا يجوز للمرأة التى أجرت رحمها للغير أن تتزوج وينبغى عليها أن تنتظر حتى تضع حملها ثم تعتد كالمعيدة من الطلاق أو من الوفاة وذلك حتى يتضح براءة رحمها.

حكم المرأة المتزوجة:

لكي نبرز حكم المرأة المتزوجة أو المنفردة الراغبة فى تأجير رحمها لا بد من مراعاة الفاصل بينهم هو وجود الزوج وما تترتب على هذه الزوجية من الآثار أى الحقوق والواجبات لذلك كان لزاما علينا عقد مفارقة بين عقد تأجير الرحم وعقد الزواج وذلك كي يتضح لنا حكم المرأة المتزوجة عند تأجير رحمها وهل فى إمكانها ضمان التعرض بكافة أنواعه الصادر من الغير تجاه أطراف عقد إيجار الرحم (أصحاب النطف) والذي نقصده بالغير هنا هو الزوج وهذا يرجع إلى ما خوله القانون له من حقوق على بضع زوجته.

ومن ثم ما مدى أهمية هذه الحماية والضمان التى تضمنه وتكفله صاحبة الرحم المستأجر تجاه الأبوين البيولوجيين الراغبين فى تأجير رحمها لإنجاب الولد بموجب عقد إيجار الرحم بالإضافة إلى أى مدى تصل سلطة الزوج للإجابة على هذه التساؤلات يقتضى علينا معرفة أوجه التشابه بين عقد إيجار الرحم وعقد الزواج.

- أوجه التشابه والاختلاف بين عقد الزواج وعقد استخدام الأرحام

يرى البعض^(١) أن عقد تأجير الرحم قد يتشابه مع عقد الزواج في بعض الخصائص التي تتعلق به كعقد من حيث الرضائية والفورية، وأنه من العقود الملزمة لجانبين أي فتشأ إلزامات متقابلة بين الطرفين (الزوج والزوجة)، إلا أنهما يفترقان في جوهر وحقيقة كل منهما، فجوهر عقد الزواج هو: حل الاستمتاع بين الرجل والمرأة فيرفع عقد الزواج الحرمة وعلى العلاقة الجنسية صفة المشروعية، في حين أنه قبل انعقاد العقد كانت هذه العلاقة محرمة وغير مشروعة. وفعلها موجب لإقامة الحد إذا توافرت شروطه.

بالإضافة إلى تحقق المقاصد الربانية منه، وأهمها النسل كما سبق، بينما جوهر عقد تأجير الأرحام قاصر على شغل رحم المرأة طوال فترة الحمل فقط، فلا يتعدى أثره إلى إباحة الاستمتاع بين الرجل والحامل، ولا إلى إتحاد النطف الذكورية للزوج ببيضة الحامل بأي طريق كان. وعلى هدى ما تقدم فإن الفارق الوحيد بين عقد إجارة الأرحام وعقد الزواج هو حل الاستمتاع بين طرفيه والذي يتوافر في عقد الزواج بخلاف عقد إجارة الأرحام^(٢).

وانطلاقاً مما سبق يتبين أنه بموجب عقد الزوجية هناك حل لاستمتاع الزوج على زوجته وهو حق من ضمن حقوقه عليها وانعقادها بتأجير رحمها سوف يفوت الفرصة أو يحبس عليه حقاً من حقوقه فهل تضمن أو تملك صاحبة الرحم المستأجر أحقية ضمان عدم تعرض الزوج لأطراف علاقة الرحم المستأجر للإجابة على هذه التساؤل يقتضى علينا معرفة ضمان التعرض بكافة أنواعه وشروطه.

المطلب الثالث

ضمان عدم التعرض الصادر من صاحبة الرحم

بما أن المؤجر يلتزم بضمان إنتفاع المستأجر بالعين المؤجرة^(٣) انتفاعاً

(١) د/ عبد الحميد عثمان روح القوانين مجلة تصدرها كلية الحقوق بطنطا يناير سنة ١٩٩٥ م العدد الحادي عشر ص ١١٢

(٢) وللمزيد من التفرقة بين عقد إجارة الأرحام والعقود الأخرى (عقد الإيجار العادي) يراجع تفصيلياً د. رشدي شحاته أبو زيد، المرجع السابق، ص ٢٦٥: ص ٢٨٥

(٣) بموجب نص المادة ٥٧١ مدني: على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بهذا الانتفاع.

خالصا فهو بذلك ضامن^(١) لعدم تعرضه الشخصي كتزوج صاحبة الرحم المستخدم بعد إبرامها عقد إيجار رحمها ويعتبر في حكم التعرض الشخصي أيضاً^(٢) التعرض الذي يحدث من أحد إتباع المؤجر كتعرض زوج صاحبة الرحم المستأجر للأبوين البيولوجيين على سبيل المثال وليس الحصر (إذا جامع زوج صاحبة الرحم المستأجر زوجته بعد غرز نطف الأبوين البيولوجيين في رحمها بوقت قريب يكون هناك احتمالين أولهما اختلاط الأنساب عن طريق تخصيب زوجته، وثانيهما احتمال إجهاض نطفهم نتيجة جماعه بها) كما يكون لزاما على المؤجر أيضاً أن يمنع التعرض إذا وقع من الغير إذا كان مبنيا على سبب قانوني كتزوج المرأة صاحبة الرحم بعقد قرانها برجل لا يعلم بإجراء عقد إيجار رحمها لصالح الغير.

وقياسا على ذلك ماذا يحدث إذا اضطرت صاحبة الرحم للإجراء عملية لها فجأة حفاظا على حياتها، ومن ثم كان لزاما عليها تعاطيها لبعض العقاقير، وذلك بعد أتمام تعاقدتها حملها لحساب الغير مع العلم بأن هذه العملية ضرورية لإنقاذ حياتها أي أننا أمام حالة ضرورة مشروعة، بمعنى آخر أنه حدث تغيير في العين محل الانتفاع (رحمها) وبالتالي في ملحقاتها المتمثل في جسد المرأة ككل

(١) الشروط التي يتطلبها القانون لقيام التعرض

- أ- أن يقع التعرض من الغير
- ب- أن يقع التعرض بالفعل
- ج- أن يدعى الغير حقا يتعلق بالعين المؤجرة ويتعارض مع حق المستأجر ويشترط في التعرض أن يكون التعرض قانونيا يكون مبنيا على سبب قانوني (م ٥٧١/٢ مدني) فيدعى الغير حقا يتعلق بالعين المؤجرة ويتعارض مع حق المستأجر الثابت له بمقتضى عقد الإيجار وليس من اللازم أن يكون ما يدعيه الغير من حق موجودا وثابتا في الواقع وأنما يكفي مجرد الادعاء سواء أكان مبنيا على أساس واقعي أم لم يكن مبنيا على أي أساس. وعلى ذلك يكون تعرض الغير ماديا لا قانونيا إذا لم يستند الغير في تعرضه على أي حق يدعيه.

(٢) د- أن يكون ما صدر عن المؤجر من تعرض قد وقع أثناء مدة انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة

هـ - عدم شرعية الفعل الصادر من المؤجر بمعنى ألا يكون للمؤجر الحق في إجراءه وبالتالي لا يتحقق التعرض إذا استند المؤجر حقه في هذا الفعل سواء من عقد الإيجار أو من القانون أو من حكم قضائي حرص المشرع على ذكر هذه الصورة التعرض وذلك للتنويه بأهميتها، فقضى في المادة ٥٧١ مدني بأنه لا يجوز للمؤجر أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أي تغيير يخل بانتفاع المستأجر بها.

أى تغيير يخل بانتفاع المستأجر برحمها محل الانتفاع فهل يعتبر ذلك تطبيقاً (للمادة ٥٧١ مدني) سالفه الذكر بمعنى هل يفسخ العقد لأخلال التزام صاحبة الرحم بتأثير الضرر على الجنين بإجهاضه بعد أن بثت فيه الروح، وبمعنى آخر هل يعتبر هذا بمثابة تعرض شخصي من الأم المؤجرة لرحمها على منفعة المستأجر (الأبوين البيولوجيين) باعتبار أننا أمام صراع أما نضحي بحياة الجنين الذي ينتظره أبويه البيولوجيين أم بحياة الأم الحاملة له.

نرى من جانبنا عدم تحقق التعرض المادي من المؤجر لشرعية الفعل الصادر منه الذي استمد حقه فيه من الحالة الطارئة التي حدثت بمعنى أن للمؤجر الحق في أجراه لأن التعرض المادي هو قيام المؤجر بأي عمل مادي محض يترتب عليه إخلال بانتفاع المستأجر أو حرمانه من فائدة من الفوائد التي تعود عليه من انتفاعه بالعين على الوجه المقصود بمقتضى عقد الإيجار سواء أكانت تلك الفائدة مادية أم معنوية ودون أن يستند في هذا التعرض إلى حق يدعيه.

وتطبيقاً لذلك لا تعاقب المرأة صاحبة الرحم على فعلها، وذلك لأن هذا الحدث يعتبر ظرفاً من الظروف الطارئة، كما تقتضى (المادة ٥٧٢) مدني بأنه: "إذا ادعى أجنبي حقاً يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار وجب على المستأجر أن يبادر إلى أخطار المؤجر بذلك وكان له أن يخرج من الدعوى، وفي هذه الحالة لا توجه إجراءات إلا إلى المؤجر." فإذا ترتب على هذا الادعاء أن حرم المستأجر فعلاً من الانتفاع الذي له بموجب عقد الإيجار جاز له تبعاً للظروف أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض أن كان له مقتضى.

ولتماماً للفائدة المرجوة نعرض فيما يلي الشروط الواجب توافرها لقيام التعرض ثم لأثاره أو ما يترتب عليها مستفيدين فيما جاء من نص المادة سالفه الذكر.

المطلب الرابع

الامتناع عن كل ما يضر بالجنين

أ - ما حكم التلف الذي يقع على الجنين تحت يد الأم بالرحم باعتبارها يد الضمان بسبب أجنبي كإصابة الأم بالرحم بفيروس (C) أو لخطأ من الطبيب أو، العمل الذي يتحكم في التعامل مع النطف، بعد غرس النطف برحمها ؟

مما هو جدير بالذكر من خلال نصوص المواد السابقة تبين أن للتعرض أنواعا سنقوم بسردها فى ثلاث نقاط مطبقين ذلك على عملية تأجير الأرحام.

١ - إذا حدث ذلك بالفعل نكون أمام حدث طارئ وبالتالى تدرج تحت القوة القاهرة شريطة ألا تكون على علم بمرضها قبل انعقاد العقد والقاعدة الفقهية تقول نختار أخف الضررين أى أنه إذا كان هناك إمكانية لإجهاضها فلا بأس حتى لينتج طفل حامل لنفس الفيروس لذلك من المناسب إخضاع المرأة صاحبة الرحم المستأجر للكشف الدوري الدائم ونرى بناء على ما ذكرناه لا يحق للزوجين أصحاب النطف الرجوع عليها بضمان التعرض الشخصى^(١) ذلك لإخضاع هذه الحالة لنظرية الظروف الطارئة والتي يعتبر من ضمنها التلف الذى يقع على مال تحت يد الضمان بسبب أجنبى.

٢ - أما التعرض المادى قيام المؤجر بأى عمل مادى محض يترتب عليه إخلال بانتفاع المستأجر أو حرمانه من فائدة من الفوائد التى تعود عليه من انتفاعه بالعين على الوجه المقصود بمقتضى عقد الإيجار سواء أكانت تلك الفائدة مادية أم معنوية ودون أن يستند فى هذا التعرض إلى حق يدعيه ومثال على ذلك فى حالة إجهاضها للجنين الذى تحمله تفاديا لحياتها بفعل حالة طارئة لا دخل لها فيها.

٣ - فيتحقق التعرض القانونى إذا دعى المؤجر حقا على العين المؤجرة فى مواجهة المستأجر من شأنه أن يحرم الأخير من الانتفاع، فإذا حدث ذلك كان للمستأجر أن يدفع دعوى المؤجر بضمان تعرضه الشخصى، ومثال ذلك كتزوج صاحبة الرحم المستأجر بعد انعقاد عقد الرحم المستأجر لصالح الأبوين البيولوجيين ومثال أيضاً إذا أجرت امرأة من ذوات تأجير الأرحام لامرأة أخرى رحمها وبعد أتمام العقد تم تخصيب صاحبة الرحم المستأجر ثم عاشرها زوجها فحملت منه خلافا لنطف غيرها الموضوعة فى رحمها هنا هل تضمن تعرض الغير للزوجين أصحاب النطف المخصبة مع العلم بأن المقصود هنا بالغير هو زوج صاحبة الرحم المستأجر.

(١) يجب ألا يقع التعرض من أجنبى أى يصدر الفعل من المؤجر بنفسه ويترتب على هذا الفعل الإخلال بانتفاع المستأجر أو حرمانه من فائدة ويعتبر هذا تعرضا شخصيا منه ومثال ذلك تعرض زوج صاحبة الرحم المستأجر على الأبوين البيولوجيين بطريقة التى سبق وأن ذكرناها عالية.

المقصود فى محل بحثنا هنا عن اتباع المؤجر هو كل من تقوم بينه وبين المؤجر (صاحبة الرحم المستأجر) صلة مكنته - عقد الزواج - من التعرض للمستأجر (الأبوين البيولوجيين) أو باقي أطراف عقد الرحم المستأجر أو هو كل شخص قد عهد اليه بعمل يتصل بالعين المؤجرة أو كان وجوده بها بناء على حق قرره له المؤجر. أى أنه المقصود هنا بإتباع المؤجر هو زوج صاحبة الرحم المستأجر أو والدها إذا كانت تحت سن الرشد.

ولو سلمنا جدلا تطابق أعمال التعرض^(١) الصادرة عن إتباع المؤجر على علاقة الرحم المستأجر باعتبار أن المؤجر هنا هو صاحبة الرحم المستأجر وأن المقصود هنا بالاتباع هو زوجها هل يحق لها التنفيذ على زوجها بضمان عدم تعرض للأبوين البيولوجيين باعتبار أن الزوج من وجهة نظرنا طرف أصيل فى هذه العلاقة هذه النقطة أخفق فيها أو غفل عنها البعض ولم يتطرقوا إليها واقتصر الجميع علاقة الرحم المستأجر على الأبوين البيولوجيين وصاحبة الرحم المستأجر والطبيب أو المركز أين دور زوج صاحبة الرحم الذى يعتبره القانون فى أغلب الأحوال الأب للطفل الناشئ من هذه العلاقة بناء على قاعدة "الولد للفراش" أى أنه بموجب هذه الصلة هل تضمن صاحبة الرحم ضمان عدم تعرض زوجها للزوجين البيولوجيين أصحاب النطف باعتبار مركزه الذى سبق وأن بيناه وما له من سلطة عليها التى تمثل فى حق الانتفاع ببضع زوجته الذى يتمثل فى حل الاستمتاع والتناسل من رحمها. لذلك لو سلمنا جدلا بأن علاقة الرحم المستأجر تنطبق على عقد الإيجار ومن ثم لتطابق أعمال التعرض الصادرة عن إتباع المؤجر على عقد الرحم المستأجر فلا بد من موافقة زوج صاحبة الرحم موافقة صريحة، وذلك بتوقعة على العقد شأنه شأن زوجته هذا حتى تتفادى أطراف العقد التعرض القانوني من الزوج لأن القانون خوله الحق فى حبس منفعة رحمها لصالحه وبالتالي لا يحق للزوجة تأجير رحمها الا إذا

(١) بالرجوع إلى نص المادة ٥٧١ مدني بعد أن قضت فى فقرتها الأولى بالتزام المؤجر بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة قضت فى فقرتها الثانية بأن ضمان المؤجر "لا يقتصر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه" وهذا يؤيد أن المؤجر لا يضمن فحسب التعرض الشخصي الصادر منه وإنما يضمن التعرض الصادر من أتباعه أيضا

وافق هو على ذلك، لأن عدم موافقته لن يخول صاحبة الرحم المستأجر في عقد تأجير رحمها ضمان تعرض الغير، لتمكين المستأجر المنفعة من رحمها.

وعلى الوجه الآخر هل يعتد بالإيجار الصادر من الزوج بموجب ملكيته لحق الانتفاع؟

أردنا أن نتناول هذا الموضوع من باب معرفة ما مدى قياس حكم الإيجار الصادر مما يملك حق الانتفاع على حكم الإيجار الصادر من الزوج بموجب ملكيته لحق الانتفاع بضع زوجته صاحبة الرحم والتنازل الوقتي على منفعته له بمعنى آخر:

ب - هل يحق للزوج أن يعقد عقد إيجار رحم زوجته أي أن يؤجر رحمها للغير بموجب عقد الزواج الذي يعطى له الحق في حل الاستمتاع والنسل تحت علمها وموافقتها وهل يختلف الأمر لو عقدته هي بنفسها؟

بالرغم من أن المالك ليس هو وحده من يكون له حق الانتفاع^(١) بالشيء بتأجير المال وإنما يكون هذا الحق كذلك لكل من يثبت له الحق في منفعة العين. نستخلص مما تقدم أن محل الإيجار الصادر من المنتفع إنما يرد على المنفعة لا الرقبة وهو بذلك غير نافذ في حق مالك الرقبة إذا تجاوز في مدته مدة حق الانتفاع على التفصيل المتقدم^(٢).

(١) حق الانتفاع حق عيني يخول لصاحبه سلطتين من سلطات الحق العيني هما الاستعمال والاستغلال وينتهي بموت المنتفع في جميع الحالات وللمنتفع استغلال الشيء وذلك عن طريق تأجيره لأي شخص حتى لو كان هذا الشخص هو مالك الرقبة ذاته ولا يمكن القول هنا بأن الشخص يستأجر ما يملك وهذا لا يجوز فهذا قول غير صحيح فمالك الرقبة يستأجر هنا حقاً ليس له وهو الحق في الانتفاع فإذا أنتهى هذا الحق أنتهى الإيجار بإتخاذ الذمة.

طبقاً للمادة ٥٦٠ من القانون المدني بأن الإجارة الصادر ممن له حق المنفعة تنقضي بانقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة على أن تراعى المواعيد المقررة للتنبيه بالإخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة ويرجع السبب في ذلك إلى انتهاء الإيجار بانتهاء حق الانتفاع ذاته أن عقد الإيجار الصادر من المنتفع لا يرد على الشيء ذاته وإنما على حق المنفعة فإذا زال هذا الحق اعتبر الشيء المؤجر أنه قد هلك والإيجار ينقضي بهلاك العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بانتهاء حق الانتفاع ليخول المستأجر أي حق في التعويض.

(٢) ويراعى أخيراً أنه لا محل لتطبيق الحكم الخاص بانقضاء الإيجار بانتهاء حق الانتفاع إذا كان مالك الرقبة قد أجاز هذا الإيجار الزائد في مدته عن مدة حق الانتفاع بل تظل هذه

وتطبيقاً على ما سبق بالرغم من تحفظي الشديد على عدم تقبلي لهذه العملية من حيث الواقع الا أنه نرى أنه بناء على الاعتداد بالإيجار الصادر ممن يملك حق الانتفاع طبقاً لنص (المادة ٥٦٠) من القانون المدني إذا يمكن أن يعتد بالإيجار الصادر من الزوج بموجب ملكيته لحق الانتفاع.

ج - هل من حق صاحبة الرحم التنقل والسفر بعيداً عن صاحبي البويضة والنطفة أم حتماً إستصدار أمر بمنعها من السفر والتنقل دون الرجوع إليهما في حال خوفها بهروبها بالجنين؟

وهل يعد عدم السماح لصاحبة الرحم المستخدم المتزوجة بالسفر للخارج إلا بموافقة كتابية من الأبوين البيولوجيين ماساً بحرية التنقل؟

أولاً بالنسبة للمرأة التي ساهمت بنطفتها الأنثوية مع رحمها (أى تم تخصيب بويضتها مع نطفة الذكرية لزوج المرأة العقيم ووضعت في رحمها سواء أن كان التخصيب داخلياً أو خارجياً).

أولاً: بالنسبة لحالة المرأة المتزوجة:

الأصل أنه لا يحق لغير الزوج أن يحد أو يمنع الزوجة من مغادرة أو التحرك من البلاد وذلك طبقاً (للمادة ٢١ من قرار وزير الداخلية رقم ٦٣ لسنة ١٩٥٩) فإنه لا يجوز منح جواز سفر إلا بموافقة كتابية من الزوج وهذا الحكم يسري كأصل عام في حق كل زوجة مصرية وأساس ذلك أن الزوجة المصرية تلتزم قانوناً بالدخول في طاعة زوجها وتتبعه من حيث الإقامة ولا تتحلل من هذه الالتزامات إلا بالطلاق.

الاجارة سارية ونافذة فى حق مالك الرقبة ويحل محل المؤجر فى حقوق عقد الإيجار والتزاماته.

القاعدة الذن أن الإيجار بأنقضاء حق الانتفاع ومع ذلك فالمشرع لمصلحة المستأجر يقضى بأن " الاجارة الصادرة ممن له حق المنفعة تنقضى بأنقضاء هذا الحق إذا لم يجزها مالك الرقبة على أن ترعى المواعيد المقررة للتنبيه بالاخلاء والمواعيد اللازمة لنقل محصول السنة (مادة ٥٦٠ مدنى)

فطبقاً لهذه النص يجب على مالك الرقبة أن يراعى المواعيد المنصوص عليها فى المادة ٥٦٣ من القانون المدنى عند طلبه اخراج المستأجر من العين المؤجرة وكذلك يجب لاجراج المستأجر الزراعى من المنتفع بالأرض أن تنقضى المواعيد اللازمة لنقل محصول السنة وفق ما يقتضيه عرف الجهة.

ولكن إذا اشترط أصحاب النفط الأبوين البيولوجيين على صاحبة الرحم المستأجر فى عقد الرحم المستأجر على عدم السماح لها بالسفر للخارج وأقرت هى ذلك فى العقد فلا مانع من نفاذ هذا الشرط وهذا قياسا على عقد العمل فإذا اشترط رب العمل بعدم مغادرة العامل من البلد الا بموافقة طوال مدة العمل جائز وعند مخالفة ذلك يحق لأصحاب النفط الرجوع بالدعوى على صاحبة الرحم وكذلك زوجها باعتبار ذلك عمل من أعمال التعرض الصادرة عن إتباع المؤجر. ولذلك إشتراطنا من قبل توقيع زوج صاحبة الرحم بالموافقة على العقد كطرف أصيل فيه وذلك للاعتبارات التى أشرنا إليها من قبل وتطبيقا لمبدأ عدم قابلية الالتزام بضمان التعرض الشخصي للأقسام بمعنى أن يحق للأبوين البيولوجيين أصحاب النفط عند مخالفة صاحبة الرحم المستأجر بنود العقد كالسفر دون إذنهم أو رضائهم الرجوع على كل منهم بالضمان كاملا. وهذا يعنى أن التزام المؤجر بضمان انتفاع المستأجر التزاما غير قابل للأقسام وعلى ذلك إذا تعدد المؤجرون وجب على كل منهم أن يمتنع عن التعرض للمستأجر فى انتفاعه بالعين كلها وبكل جزء منها وعلى ذلك إذا تعرض احدهم للمستأجر حق للأخير أن يرجع عليه بالضمان كاملا فالالتزام بعدم التعرض الشخصي لا يقبل الانقسام.

ثانيا: بالنسبة لحالة المرأة المنفردة

هنا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر أم بالرحم فقط (تأجير الرحم البديل).

الحالة الثانية إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر الأم البيولوجية والأم بالرحم للطفل (تأجير الرحم التقليدي).

إذا كانت قد وقعت على العقد بالتزامها بعدم مغادرة البلاد إلزامها بالرجوع ؛ حتى تضع الطفل هذا فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم هى الأم البيولوجية للطفل أو كانت الأم بالرحم الاثنى على حد السواء هذا فى حالة توقيعها على العقد. أما فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر الأم البيولوجية

والأم بالرحم للطفل فلا يسمح لها بالسفر الا بإذن صاحب النطفة الذكرية حتى ولو لم يشتركوا ذلك فى العقد.

لأنني أرى أن حملها من صاحب النطفة الذكرية يعد فى حكم الحمل الناتج من السحاق أى أنه ينسب المولود إلى الأب صاحب النطفة الذكرية والدته التى حملته.

أ- الجزاء المترتب على التعرض الشخصى^(١) :

عدم إمكانية تطبيق ضمان الاستحقاق بعد إبرام عقد الرحم المستأجر وذلك نظرا لخصوصية طبيعة محل العقد الا فى حالة قبل البدء فى تنفيذ العقد وغرس نطف الأمشاج داخل صاحبة الرحم.

كما يكون له فى جميع الحالات أن يطلب تعويضا عما أصابه من ضرر - والأصل فى تعويض المستأجر الحاصل له من المؤجر الا يتجاوز قيمة التعويض الأجرة المتفق عليها ومع ذلك يجوز أن يحكم بتعويض أكبر من تلك القيمة، ويرى البعض أنه يجوز للمستأجر؛ حتى يدفع المؤجر إلى التنفيذ العينية أن يحبس الأجرة عنه إلى أن يقوم بوقف تعرضه وليس هذا الا تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ.

لا نرى وجاهة فى تحديد قيمة التعويض عند إخلال صاحبة الرحم بالضمان؛ لأنه لا يصح عند عدم التزامها بضمان التعرض باعتبارها المؤجر أن يكون تقدير التعويض عما أحدثته من الإخلال بالالتزام يكون على أساس المقابل المادى المتفق عليه لقيمة إيجار رحمها

(١) إذا ما اخل المؤجر بالتزامه بعدم التعرض للمستأجر فى انتفاعه بالعين المؤجرة على النحو المتقدم كان للأخير وفقا للقواعد العامة أن يطلب أما التنفيذ العينية بعدم التعرض وأما أن يطلب فسخ الإيجار إذا كان هناك ما يبرر ذلك أو يطلب إنقاص الأجرة أو بضمان الاستحقاق - إذا افلح المتعرض (زوج صاحبة الرحم) فى تعرضه وأخفق المؤجر (صاحبة الرحم المستأجر) وتقرر المدعى به قضاء أو رضاء وترتب على ذلك حرمان المستأجر (الأبوين البيولوجيين - أصحاب النطف) من الانتفاع بالعين المؤجرة على الوجه المقصود من العقد كان للمستأجر أن يرجع على المؤجر بضمان الاستحقاق ومعنى هذا الضمان ثبوت الحق للمستأجر فى أن يطلب تبعا للظروف فسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة مع التعويض فى الحالتين أن كان له مقتضى (م ٥٧٢/٢ مدني).

لذلك نرى أنه الجزاء الذى يمكن أن يكون فعالا ومجزيا للطرفين هو التنفيذ العينى بعدم التعرض عما أحدثته من الاخلال بالضمان كذلك ولا يمكن أن يطلب فسخ الإيجار الا فى حالة قبل البد بتنفيذ العقد وذلك نظرا لطبيعة عقد الإيجار محل بحثنا وقد سبق شرح ذلك من قبل.

ب - إمكانية تعديل أحكام الالتزام بضمان عدم التعرض الشخصي:

(١) أى أنه فى عقد الرحم المستأجر يجوز للأبوين البيولوجيين أن اشترطوا فى العقد على صاحبة الرحم بعدم تعرض زوجها لهم ولتأكيد هذا التعرض نقترح من جانبنا أن يضاف توقيع زوج صاحبة الرحم بالموافقة على العقد باعتبار أن هذا العقد سوف يجس منفعة كانت مخصصة له أى له حق انتفاع على رحم زوجته وقد سبق شرح ذلك بالتفصيل.

المبحث الثالث

مدى إمكانية تطبيق الجزاء المدنى جزاء مخالفة أطراف علاقة الرحم لشروط العقد

بعد أن رأينا أن العلاقة التى تنشأ بين المرأة الحامل والزوجين يمكن أن تأخذ الصفة التعاقدية وأنها من العقود الغير مسماء ذات الطبيعة الخاصة فإن التساؤل الذى يطرح نفسه الآن: مدى إمكانية تطبيق جزاء مخالفة شروط العقد فى القانون المدنى على عقد إيجار الرحم.

(١) يلاحظ أن الأحكام التى أوردناها بشأن التزام المؤجر بعدم التعرض للمستأجر فى انتفاعه بالعين وملحقاتها إنما هى أحكام مكملة لإرادة المتعاقدين وبالتالي يجوز الاتفاق عل ما يخالفها ولكن شريطة تطبيق نص المادة ٥٧٨ مدنى بأن "يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان" تقضى المادة ٥٧٨ مدنى بأن "يقع باطلا كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد من ضمان التعرض أو العيب إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان".

ويلاحظ أن شرط الإعفاء من الضمان أو التخفيف منه يقع باطلا إذا كان المؤجر قد أخفى عن غش سبب هذا الضمان وعلى ذلك إذا كان المؤجر يعلم أن للغير حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر وأخفاء متعمدا عن الاخير غشا منه فإن الشرط يقع باطلا أما إذا كان يعلم بحق الغير ولكنه لم يتعمد إخفاءه فالشرط الصحيح فمجرد علمه بالسبب لا يتضمن فى ذاته غشا فقد يكون المستأجر عالما بنفسه ويمكن أن يتخذ علم المستأجر بالسبب قرينة على أنه أراد ضمنا إعفاء المؤجر من الضمان حتى بدون شرط.

الأمر الذي حدا بنا إلى دراسة مدى موافقة التكيف الملأئم لعقد استئجار الأرحام ضمن تقسيمات العقود المبادئ العامة في القانون المصري وقواعد النظام العام والآداب العامة وهذا ما سوف نتناوله في من هذا الكتاب بإذن الله تعالى.

هل يمكن تطبيق الجزاء المدني على مخالفة أطراف عقد الرحم المستأجر لشروط العقد باعتباره عقد غير مسمى خاضع لقواعد القانون العامة، لمعرفة ذلك يتطلب منا البحث في تصنيف عقد استئجار الأرحام من تقسيمات العقود من حيث نفاذها أو بطلانها، ثم معرفة الآثار المترتبة على جزاء مخالفة شروط عقد إيجار الأرحام، ومن خلال عرضنا لما سبق هناك سؤال يفرض نفسه لخدمة الموضوع وهو هل يملك زوج صاحبة الرحم المستأجر رفع دعوى المضرور بطريق الانعكاس باعتباره مضرورا في حالة تصرف زوجته بتأجير رحمها للغير دون علمه أو إذن منه؟

على افتراض إمكانية ذلك هل يحق لزوج صاحبة الرحم المستأجر في رفع دعوى المضرور بطريق الانعكاس وإذا كان يحق له ذلك فما هو التكيف القانوني لهذه الدعوى؟ فهل هي دعوى عقدية تثير قواعد المسئولية العقدية أم هي دعوى تقصيرية تخضع للنظام التقصيري؟

١- التكيف الملأئم لعقد استئجار الأرحام ضمن تقسيمات العقود من حيث صحتها

وإتماما للفائدة المرجوة من هذه التقسيمات تبين لنا أن عقد الرحم المستأجر قريب الوصف والشبه من العقود الباطلة بطلانا مطلقا وذلك لتخلف شرط من شروط صحتها وهو عدم مشروعية المحل أو سبب أحد أركان العقد.

وبالرغم من ذلك نرى أنه لا نستطيع القول بأنه لا يترتب عليه أي الآثار القانونية باعتبار خلو نصوص القانون لمثل هذه العمليات، أو أنه لا وجود لها من حيث الصورة؛ لأن هذا يتنافى مع طبيعة هذا العقد من الآثار وهي نتاج طفل تنشأ له حقوق لا دخل له بالطريقة التي نتج عنها.

وجدير بالذكر البطلان الذي يلحق العقد في حالة عدم مشروعية محل أو السبب كما سبق وأن ذكرنا هو بطلان لصالح المجتمع ككل، لذلك يلحق العقد كله وليس التزام أحد أطرافه فحسب. وتطبيقا لذلك فإن القواعد العامة في القانون المدني تسمح للطفل الذي أصيب وهو في بطن أمه بخطأ من الغير أن

يطالب بعد ولادته - بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ، وقد اعتنقت محكمة استئناف "تولوز" هذا التصور علي أساس أن الجنين له كافة صفات الكائن البشري منذ اللحظات الأولى للحمل ، أو كما ذهبت اللجنة الوطنية للأخلاق في فرنسا ، لأن الجنين هو كائن بشري محتمل يفترض احترامه علي الجميع^(١).
هل يملك زوج صاحبة الرحم المستأجر رفع دعوى الضرر بطريق الانعكاس باعتبارها مضرورا في حالة تصرف زوجته بتأجير رحمها للغير دون علمه أو إذن منه؟

الضرر المقصود هنا هو الضرر الذي يترد علي أشخاص آخرين نتيجة ما أصاب المضرور من ضرر، أو هو الضرر الذي يقع انعكاسا لضرر آخر ويكون نتيجة له

الأصل أن الحق في التعويض يكون للمضرور نفسه ، ومع ذلك فقد يمتد الضرر في بعض الأحيان إلى غير المضرور فيصيب أشخاصا آخرين سواء أن كان هذا الضرر ماديا أو أدبيا ، فقد يترتب علي موت المضرور إصابة ورثته بطريق الانعكاس بضرر شخصي أو مادي.

وهناك بعض الأمثلة عن تطبيقات القضاء للضرر المرتد أو المنعكس ما قضى به بالتعويض لوالد المضرور عن القلق الذي أنتابه لمدة شهور نتيجة اعتقاده بعدم أماكن شفائه^(٢). وما قضى به للزوجة من تعويض نتيجة فقد زوجها قدرته الجنسية^(٣). وللزوج نتيجة إصابة زوجته بعجز كلي حولها إلي حطام امرأة^(٤). وتطبيقا على الأمثلة السابقة يمكن قياس الضرر الواقع على الزوج نتيجة إصابة زوجته بداء في رحمها نتيجة تأجيرها له لأحدى الأزواج العقيمين أو للضرر الناتج لها أثناء إجراء الطبيب عملية تأجير رحمها ذاتها.

ودعوى المضرور بطريق الانعكاس هي الدعوى التي يرفعها القريب للمضرور المباشر للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المباشرة التي لحقت به واستعمال هذه الدعوى حق أصيل لهذا القريب وليس موروثا عن المصاب.

(١) د / محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي ص ٣٢٩
(٢) Cass. Civ. 22-10-1946, JCP, 1946, 2, 3375
(٣) Cou. D'app Paris 16-9-1956 Gaz. Pal. 1956, 2.233
(٤) NOGENT. 29-6-1956, Gaz. Pal, 1956, 2.233.

فالزوج الذي أصيبت زوجته بمرض معد سواء أثناء إجراء تلقيحها للحمل لحساب الغير أو نتيجة نقل دم أثناء عملية الولادة يصاب بضرر مباشر بسبب ذلك يتمثل في عدم ممارسته الحياة الأسرية بشكل معتاد وبخاصة المباشرة الجنسية خوفاً من انتقال العدوى.

فهؤلاء لحقهم أضرار مباشرة يستحقون عنها تعويضاً بشكل أصيل، وهذا ما يعني أن لهم الحق في رفع دعوى مباشرة علي المتسبب في الضرر يطالبون فيها بالتعويض ولا يتقيدون بدعوى المضرور المباشر كما أن المحكمة عند تقدير التعويض تنظر إلى هذه الأضرار فقط ولا تضع في اعتبارها الأضرار التي أصابت المضرور المباشر وبجانب ذلك يثبت لأقارب المصاب الحق في التعويض عن الأضرار الأدبية والآلام النفسية التي لحقهم من جراء إعلان إصابة قريبهم بهذا المرض المعدي. ويسمى الضرر المباشر الذي يلحق أقارب المضرور المباشر بالضرر المرتد أو الضرر بطريق الانعكاس^(١).

ومما لا شك فيه أنه يجب عدم الخلط بين التعويض عن الضرر المرتد وبين الحق في التعويض الذي ينتقل إلى الورثة نتيجة وفاة مورثهم بسبب الخطأ الذي ارتكبه الطبيب أو لأحد الأبوين البيولوجيين الناقل لنطفة أو مركز التخصيب الصناعي القائم بالعملية، فهذا التعويض الفرض فيه عدم إصابة أحد من الورثة بضرر مباشر، وإنما ما لحقهم جميعاً من أضرار جاء نتيجة وفاة المضرور المباشر علي إثر الخطأ (صاحبة الرحم المستأجر) فانتقال الحق في المطالبة بالتعويض إلي الورثة تحكمه القواعد العامة إذ يجوز للورثة المطالبة بتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم (بفقد الأم بالرحم باعتبار أن لها أطفال آخرين) لأن الخطأ الذي أدى إلى الوفاة شكل اعتداء علي حقهم في الرعاية قبل مورثهم وإخلاقاً من ثم بحق ثابت لهم^(٢). ويقع علي الورثة (الزوج أو الأبوين والأولاد) إثبات أن المتوقية كانت هي العائل الوحيد وأن إعالتها لهم بالرعاية كان من المحقق استمرارها.

(١) DOMMAGE par Ricochet , ou , dommage par repercussion.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ١٩٧٨، ص ٥٥٤.

على افتراض إمكانية حق زوج صاحبة الرحم المستأجر فى رفع دعوى المضرور بطريق الانعكاس فما هو التكييف القانوني لهذه الدعوى؟ فهل هي دعوى عقدية تثير قواعد المسؤولية العقدية أم هي دعوى تقصيرية تخضع للنظام التقصيري؟

يميل بعض الفقه مؤيداً بأحكام قضائية^(١) إلى إعطاء المضرور بطريق الانعكاس الحق فى الاختيار بين النوعين فله أن يلجأ إلى الدعوى الشخصية التي تقوم على الأساس التقصيري مسئولية تقصيرية والمتمثلة فى الإخلال بواجب قانوني غير عقدي.

ويطالب من خلالها بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء عدم تنفيذ العقد الذي كان قريبه أحد أطرافه، بمعنى أننا ننظر إلى القريب المضرور بضرر مرتد علي أنه أجنبي عن العقد الأصلي غريب عن المتعاقدين وإنما يعد بالنسبة لهم من الغير ولذلك لا يصبح أمامه إلا الطريق التقصيري للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور الأصلي ولحقه أيضاً ضرر بسبب ذلك - نتيجة عدم تنفيذ الالتزامات العقدية من جانب المتعاقد المقصر. والخيار الثاني الممنوح للمضرور بطريق الانعكاس هو اللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية :

وهو جزاء الإخلال بواجب عقدي، فالخطأ العقدي، هو: عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد^(٢) وذلك بالاستفادة من قواعد الاشتراط الضمني المقرر لمصلحته من جانب المضرور الأصلي من عدم تنفيذ الالتزامات العقدية.

ولذلك فإنه يتصرف وفقاً للنظام العقدي الذي يقوم على وجود اشتراط ضمني لمصلحة الغير، وهو ما يسمح لهؤلاء بالشكوى من عدم تنفيذ الالتزام

(١) GHESTIN. La distinction.... Op. Cit. No.17.

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري. مصادر الحق فى الفقه الاسلامي - ج ٦ ص ١٢٠ استاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار. التعويض الناشئ عن اتلاف المال. أسسة ومدي مشروعاته فى الفقه الاسلامي بالقانون المدني المصري ص ١٦٦ وما بعدها بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة (١٩٩٨ - ١٩٩٩ م) العدد الواحد والعشرون.

العقدي، ولا شك في أن الضرر بضرر مرتد سيفضل اللجوء إلى الطريق العقدي إذا وجد أنه يقدم له مزايا لا يوفرها له النظام التقصيري، وهو ما يظهر بشكل أوضح عندما يكون الالتزام العقدي غير المنفذ هو التزام بنتيجة، إذ لا يكلف الضرر هنا إلا بالإشارة إلى وجود الالتزام وعدم تنفيذه.

- ويتطبيق الجزاء المدني المترتب عند إخلال صاحبة الرحم المستأجر بتسخير رحمها بناء على الاتفاق المبرم بينهم، يتبين أنه يستحيل إخضاع العقد بين أطراف عملية الرحم المستأجر للتنفيذ العيني، وذلك يرجع إلى خصوصية هذا العقد وما يصحبه من ضرورة وجود مشاعر إنسانية لتنفيذه، فكيف يصور إرغام التنفيذ العيني على صاحبة الرحم المستأجر بحمل جنين داخل رحمها بناء على حكم قضائي مستعجل، هذا بالإضافة إلى أن حساسية النطف الأدمية وما تفردة الطبيعة عليها من خصوصية يكون تخصيصها وزرعها أى مراحل تنفيذ العقد بمواعيد ومعايير دقيقة ومحددة، فكيف إذا تخضع لدرجات التقاضي حتى ولو كان مستعجل خلاصة الأمر.

لا يمكن التسليم بتطبيق التنفيذ العيني على صاحبة الرحم المستأجر وذلك لخصوصية طبيعة النطف الأدمية ولأسباب التي سبق ذكرها.

بما أن للمستأجر بدلا من طلب التنفيذ العيني لالتزام المؤجر بالتسليم أن يطلب فسخ العقد، لعدم وفاء المؤجر بالتزامه بالتسليم فى ميعاده حتى ولو كان هذا السبب راجع إلى قوة القاهرة، وما ذلك إلا تطبيق لحكم القواعد العامة فى الفسخ، ونرى من جانبنا أن هذا الجزاء هو مرتبط الفرس كما يقولون أو الفصيل بين العقدين، لاستحالة تنفيذ الفسخ فى عقد إيجار الأرحام لخصوصية المحل وما يفرضه هذا العقد عليه من مهام رغم أنه يجوز للمستأجر أن يطلب فسخ العقد ولو كان قد سبق له أن نزل عن هذا الحق، هذا من الناحية النظرية، ولكن من الناحية العملية والواقعية لا يمكن تطبيق هذه القوانين على رحم الأم المستأجرة؛ لأنه أولا كيف يفسخ العقد ومحل العقد هنا عضو رحم أدمى بداخله روح أو جنين، وفى نفس الوقت لا يعقل أن نضحى بحياة الأم صاحبة الرحم حفظا على الجنين ثانيا بالنسبة إلى تعويض عما أحدثته صاحبة الرحم المستأجر من ضرر

للزوجين كيف يعقل أن تدفع هذه المرأة تعويضا ماديا فى الوقت الذى لجأت هى فيه لتأجير رحمها من اجل احتياجها للمال.

بالإضافة إلى هذا العقد ليس كغيره من العقود من حيث ما تفرضه عليه طبيعته من تغير واختلاف مراحلها وارتباطها بتغير أوقاته، فعقد الرحم المستأجر لا يكون على وتيرة واحدة على مدار مدة الحمل، ومن ثم لن يكون الفسخ من وجهة نظرنا أداة فعالة أو تعويضية عما حدث من الإخلال فى التزام صاحبة الرحم المستأجر.

فى حالة لجوء المستأجر إلى القضاء بطلب التنفيذ العينى أو فسخ العقد فإنه يكون له فضلا عن ذلك طلب التعويض^(١).

-
- (١) عرض موجز لبعض نصوص القوانين المختلفة للتعويض عن الضرر
- فقد نص عليه قانون اتحادى رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة فى المواد التالية:
 - ١- مادة ٩٠: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصين أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر.
 - ٢- مادة ١٠٦ / ١ يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع.
 - ويكون استعمال الحق غير المشروع:
 - أ - إذا توفر قصر التعدي.
 - ب - إذا كانت المصالح التى أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون أو النظام العام أو الآداب
 - ج - إذا كانت المصالح الموجودة لا تناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر.
 - د - إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.
 - ٣- مادة ٢٩٣ يتناول حق الضمان الضرر الادبي، ويعتبر الضرر الادبي: التعدي على الغير فى حريته أو عرضه أو شرفه أو فى سمعته أو فى مركزه الاجتماعى أو فى اعتباره المالى.
 - مادة ٢٩٦ يقع باطلا كان شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على الفعل الضار.
 - مادة ٢٩٩: "يلزم التعويض عن الإيذاء الذى يقع على النفس.
- ١٨٥

كما نصت على التعويض عن الضرر محكمة النقض المصرية فقالت: المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى الإخلال بمصلحة مالية للمضرر يكون المضرر محققا، بأن يكون قد وقع بالفعل، أو يكون وقوعه فى المستقبل حتميا، والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة وفاة آخر، هي ثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار فى ذلك كانت محققة.

رغم أننا لا نرى وجهة في تطبيق عقوبة التعويض في عملية تأجير الأرحام ؛ لأن في أغلب الأحوال المرأة التي تلجأ إلى إجراء هذه الوسيلة عادة تكون محتاجة إلى المال وقليلة الدخل وأحياناً لدرجة الفقر فكيف يؤخذ منها تعويض إلا أنه لا يمنع من التنفيذ عليها به وذلك حتى تفكر كل امرأة بصور لها عقلها قبل الاقدام إلى مثل هذه العمليات.

٢- طبيعة التزام المؤجر هل هو التزام عقدي أم أنه ذات طبيعة تقصيرية:

يحق للمستأجر الذي يلحقه إضراراً سواء بجسمه أو بأمواله الخيار بين الدعوى العقدية أو الدعوى التقصيرية فهو يملك رفع الدعوى علي المؤجر (المالك) من واقع عقد الإيجار المبرم بينهما وتكون المسؤولية هنا - بطبيعة الحال - عقدية كما يمكنه رفع دعوى تعويض مباشرة بناءً على أنه مسئول تقصيرياً في مواجهته عن الإخلال بالواجب العام المفروض عليه قبل الكافة. لا يستخدم المستأجر هنا حقوق المالك تجاه المعمارى بمعنى أن دعواه هنا ليست غير مباشرة ينوب فيها عن المالك وإنما هي دعوى مباشرة يستعمل فيها حقاً مباشراً في التعويض قرره له القانون في إطار المسؤولية العامة التقصيرية بشقيها وليس هناك اعتداء علي مبدأ عدم جواز الخيرة بين نوعي المسؤولية أو الجمع بينهما في هذه الحالة وذلك لأن المخالفة التي يستند إليها المستأجر في لجوئه لجوءه إلي هذه الدعوى أو تلك متباينة والالتزام غير المنفذ مختلف وبالتالي فإن أساس المسؤولية ليس واحداً في الحالتين وطبيعتها متباينة.

وبناء عليه في حالة وجود تقنين ينظم مثل هذه المسائل : ويترتب على ما سبق أن المستأجر المتمثل في (الزوجين أصحاب النطف) الذي تلحقه إضرار من خلال إدمان صاحبة الرحم المستأجر للمخدرات أو الكحوليات أو محاولتها للانتحار أو إصابتها بفيروس جنسي نتيجة من معاشرة زوجها لها مما أثر سلباً عن الجنين المتخلق من نطفتهما والمغروس في رحمها، عندئذ يمكنهم الخيار بين الدعوى العقدية أو الدعوى التقصيرية، فيحق لهم رفع الدعوى علي المؤجر (صاحبة الرحم المستأجر) من واقع عقد الإيجار المبرم بينهما وتكون المسؤولية هنا - بطبيعة الحال - عقدية كما يمكنه رفع دعوى تعويض مباشرة عليها استناداً علي أنها مسئولة تقصيرياً في مواجهتها عن الإخلال بالواجب العام

المفروض عليه قبل الكافة. والدعوى التى يقيمها المستأجر هنا دعوى مباشرة يستعمل فيها حقا مباشراً في التعويض قرره له القانون في إطار المسؤولية العامة التقصيرية بشقيها، وليس هناك اعتداء علي مبدأ عدم جواز الخيرة بين نوعي المسؤولية أو الجمع بينهما في هذه الحالة، وذلك لأن المخالفة التي يستند إليها المستأجر في لجوئه إلي هذه الدعوى أو تلك متباينة والالتزام غير المنفذ مختلف وبالتالي فإن أساس المسؤولية ليس واحداً في الحالتين وطبيعتها متباينة.

- هل السلوك السلبي لصاحبة الرحم بالترك دون تدخل مادي حتى موت الجنين أو إسقاط النطفة يختلف من حيث التكييف عن التدخل المادي والتعمد في الإسقاط ؟ كما أنها هل تعاقب على أساس قتل عمد أم مسؤولية تقصيرية على أساس الإخلال بالالتزامات عقد الإيجار؟ هذا مانعرفه من خلال الجزاء المدني الذي يثبت للمستأجر عند إخلال المؤجر بصيانته والأثار المترتبة على هذا الإخلال.

(بتطبيق نص المادة ٥٦٨ من التقنين المدني المصري)^(١) فى حالة تعمد المرأة صاحبة الرحم المستأجر إخلال الالتزام المؤدى إلى إهدار حالة الجنين الصحية نرى أن هذا الفعل لا يعد إخلالاً بالتزامات العقد فحسب بل جريمة قتل عمد التى وضع لها القانون نص تجريمي خاص بها.

وبنا على ماسبق أن وردناه بشأن بصيانته محل الإيجار فى القانون المدني يتضح أن الالتزام بصيانته محل الإيجار والانتفاع في عقد الحمل المستأجر يقتضي أن تمكن صاحبة الرحم المستأجر الأبوين البيولوجيين من الانتفاع برحمها كان يخضعانه باستمرار للفحص الطبي الدوري خشية منهما علي ما تحمله هذه السيدة في رحمها لأنه يخصهما فقط هذا الانتفاع المغالي فيه، لأننا نعلم أن كل ما تأكله أو تتعاطاه أو حتى تستنشقه الحامل يؤثر تأثير مباشر على الجنين هذا بخلاف الحالة النفسية التى تعيشها الحامل كل هذا ينعكس انعكاساً كلياً على الجنين.

ومما لا شك فى أن هذا نظرياً يمكن أن يتصور، ولكن عملياً نرى أنه من الصعب متابعة ذلك الفحص وخضوع المرأة صاحبة الرحم المستأجر تحت

(١) التى تقضى بأنه :- إذا تأخر المؤجر بعد أعذاره عن القيام بتنفيذ الالتزامات المبينة فى المادة السابقة جاز للمستأجر أن يحصل على ترخيص من القضاء بنفسه وفى استيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة وهذا دون إخلال بحقه فى طلب الفسخ أو إنقاص الأجرة

السيطرة طوال مدة الحمل حيث أن الشيء المؤجر هو " الرحم " فكيف للزوجين أن يعاينا الرحم معاينة جيدة والتأكد من خلوه من الأمراض التي حتماً ستنتقل إلى جنينهما إذا مكث في الرحم فترة الحمل.. فهذا الفرض متصور فقط إذا أخضع الأبوين البيولوجين صاحبة الرحم أما جهاز سونار أو ما شابه ذلك طوال فترة الحمل.

وذلك حتى يسهل عليه التعرف على الرحم وتحديد ما إذا كان صالحاً للانتفاع به من عدمه ، وهو فرض صعب الحدوث ، ومن ثم لا يستطيع المستأجر في عقد الرحم المستأجر التأكد من صلاحية الشيء المؤجر للانتفاع به بنفسه ، ولا بد من طبيب متخصص في هذا المجال ، وهذا ما يتنافى مع عقد الإيجار. وأخيراً نجد أن مسألة حق المستأجر في التنفيذ على المؤجر عند الاخلال بالصيانة ؛ وذلك من خلال إجراء الترميمات الضرورية المستعجلة لحفظ العين وهي محل الإيجار (عضو الرحم) على أن يكون بحالة صالحة للاستعمال أمراً غير جائز تطبيقية، فهو محتمل وجائز في الأشياء كالعقارات، ولكنه غير جائز في الرحم المستأجر، والسبب في ذلك يرجع إلى الصيانة ومتابعة محل الانتفاع في عقد الإيجار موجود بالطبيعة ومن السهل بمكان التعرف عليه جيداً وهذا لا يتماشى بطبيعة الحال مع عقد الرحم المستأجر فلو اضطربنا أو اجبرنا على التسليم لهذه العملية، فلا بديل في أن تتم تبرعاً وتكون صاحبة الرحم المستأجر أو المطوعة عندئذ قريبة للأبوين من الدرجة الأولى وهذا لضمان أن تتلافى كل ما سردناه في السطور لذلك يصعب من الناحية العملية تنفيذ (المادة ٥٦٨) من التقنين المدني بخصوص حق المؤجر في إجراء الترميمات والإصلاحات اللازمة لحفظ العين على عقد الرحم المستأجر، إذا لا يمكن التسليم بإمكانية تسليم الرحم باعتباره محل إيجار وبالتالي لا يمكن ضمان التعرض الصادر من صاحبة الرحم المستأجر باعتبارها كالمؤجر أو من الغير لأصحاب النطف ويعتبر هذا دليلاً ثانياً بعدم مطابقة عقد الإيجار على عقد استخدام الرحم الأمر الذي يجعلنا نبحث من جهة أخرى عن (حقوق الوليد). وذلك من خلال المركز القانوني للمولود في الفصل التالي إن شاء الله تعالى.

الفصل الثالث المركز القانوني للوليد (حقوق الوليد)

تمهيد وتقسيم:

ومن آياته إلهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً وكان ربك
قديراً^(١).

شرع الله الزواج لأهداف سامية، وأول هذه الأهداف بقاء النوع
الإنساني والحفاظ عليه من خلال قنوات شرعية وعلى أكمل الوجوه، وهذا لا
يكون إلا بنسل الأزواج بطريق الزواج. ولكلى ينشأ الأبناء نشأة كريمة طيبة،
شرع الله لهم حقوقاً مختلفة تؤدي إلى صلاحهم، وأول هذه الحقوق هو ثبوت
نسب كل فرد إلى أبيه حتى لا تختلط الأنساب ويضيع الأبناء.

ولما كان للنسب هذه الأهمية في الإسلام انعكس ذلك على دور الشريعة
الإسلامية من خلال موقفه تجاه وضع المرأة وخاصة بعد أن هضم حقها في
الزمنة الماضية فلما جاء الإسلام خاتم الرسالات وتمامها ورفع شأن المرأة
وأعلى مكانتها. وخاصة بعد أن كانت نظرة المجتمع للمرأة قديماً على أنها حيوان
تباع وتشترى وكانت كالعبيد تقوم بزرع الأرض ورعي الماشية. حتى نفيت عنها
إنسانيتها ثم بعد ذلك جاء عهد السبايا ووطء الأمه حتى جاء الإسلام وجعل
المرأة عنصراً هاماً من عناصر الحياة السعيدة المطمئنة وكلفها بواجبات يتوقف
عليها صلاح المجتمع.

ومن هنا تظهر أهمية النسب في كونها النسيج الذي يشكل الأسرة التي
تتكون من وحدة الدم، فالأبناء يتكونون من ماء أبيهم وبهذا يكون الترابط الدائم
الذي لا ينقسم عراه إذ لولاه لجفت الصلات العرقية، وتفككت جذور الأسر
وتقطعت الأرحام وأنهار البنيان الاجتماعي لذا فقد أنعم الله جل شأنه علي
الإنسان بنظام رباني للنسب لا يضاهيه أي نظام.

(١) سورة الفرقان، الآية: ٥٤.

ولا شك من أن النسب يعد من أهم الآثار المترتبة على الإنجاب، سواء أكان طبيعياً أم صناعياً بتأجير الأرحام، فهو يلعب دوراً كبيراً في حين أنه الأصل الذي يتفرع عليه غيره من الأحكام مثل الميراث ومن ثم إذا ثبت النسب ثبت الميراث وكذلك الحضانة وقواعد الوصية للورثة وغير ذلك.....، وإذا أنتفى النسب انتفياً^(١).

يأستثنى بعض الحالات^(٢) الشريعة الإسلامية من أهم التشريعات التي اعتنت بالطفل وشرعت له حقوقاً تصونه من الجور، ومن هذه الحقوق حق الطفل في النسب أي أن ينسب إلى والديه وحقه في الحضانة والرعاية والنفقة وكذلك الحق في الرضاعة وبه يكون المولود جزءاً آخر من أمه.

وهناك نقطة مهمة سوف نثيرها تتعلق بمسألة الديانة وهي ماذا يحدث إذا اختلفت الديانة بين صاحبة الرحم والأبوين وبالأخص الأب البيولوجي (صاحب النطفة الذكرية)

وكذلك للوليد حق على والديه ولا تملك الأم بالرحم باعتبارها أخذه لحكم الأم كنظيرتها الأم البيولوجية أن تتنازل عن حق ابنها لأنها لا تملكه وهو باعتبارها مشتركة مع الأم الأخيرة في الرعاية الطفل وحضانه الطفل له عليها حقوق أكثر من الحقوق التي ترتب على الأم البيولوجية هو حق الرضاعة مثلاً يجب مراعاة الطفل الناتج في مسألة الميراث أي ميراث هذا الجنين، هل يرث من

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - جمع وترتيب. عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النحدي الحنبلي ج ٣٢ ص ١٣٩. مكتبة ابن تيمية

(٢) وأشار إليها ابن تيمية أثناء كلامه عن حكم نكاح البنت من الزنا فقال: "النسب تتبع أحكامه، فقد يكون الرجل ابناً في بعض الأحكام دون بعض، فابن الملاءنة ليس بابن؛ لا يرث ولا يورث، وهو ابن في "باب النكاح" تحرم بنت الملاءنة على الأب، والله سبحانه وتعالى حرم من الرضاعة بما يحرم من النسب، فلا يحل لرجل أن يتزوج بنته من الرضاعة ولا اخته، مع أنه لا يثبت في حقها شيء من أحكام النسب، لا ارث ولا عقل ولا ولاية ولا نفقة ولا غير ذلك، إنما ثبت في حقها حرمة النكاح والمحرمية، وامهات المؤمنين امهات في الحرمة فقط لا في المحرمية، فإذا كانت البنت التي أرضعتها امراته بلبن در بوطته تحرم عليه وأن لم تكن منسوبة إليه في الميراث وغيره، فكيف بما خلقت من نطفته؟ فإن هذه أشد اتصالاً به من تلك

جهة صاحب الحيوان المنوى وصاحبة البويضة أو جهة صاحبة الفراش وصاحبة الرحم النسب؟!

ومن هنا نتولد لنا عدة تساؤلات منها:

- هل ينطبق على صاحبة الرحم أحكام الولاية أو الوصايا؟
- هل يستطيع أحد الزوجين رفع دعوى نفى نسب على صاحبة الرحم باعتبارها أم على زوجته عند الشك حكم المرأة المتزوجة - الولد للفراش صاحبة الرحم المستأجر لها فراشين زوجها الاصلى - فراش صاحب النطفة
- هل بالقياس سيصبح هناك أخوة فى الرحم كما يقال أخوة فى الرضاعة؟
- ما هو الوضع القانوني للمولود إذا أنكرت المرأة صاحبة الرحم عملية الاستئجار وقيد المولود باسمها واسم زوجها؟
- من ناحية ثبوت النسب لهذا الجنين إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر ليست ذات زوج، فهل النسب يثبت إلى صاحب الحيوان المنوى أو صاحب البويضة؟
- من أحق بالحضانة هل التى حملت وولدت وهى صاحبة الرحم وهى أمه أم صاحبة البويضة؟

والى غير ذلك من المشاكل التى تترتب على آثارها....

ومن منطلق ذلك أردت أن اوضح حكم نسب الوليد من إستخدام أرحام الغير ثم الآثار التى تترتب على ثبوت النسب التى منها الميراث والحق فى الحضانة، والرضاعة، وذلك من خلال أحكام القانون المصري بأسلوب سهل ميسر، حتى يسهل علينا الوقوف على أي حكم من هذه الأحكام دون عنق ومشقة، لمعرفة مشكلات ثبوت النسب فى حالات الإنجاب الصناعى غير الاعتيادية باستخدام رحم الغير فى ضوء تلك القواعد الشرعية وقوانين الأحوال الشخصية.

المبحث الأول النسب

تمهيد:

حمدا لله على اهتمام الشريعة الإسلامية بسن تشريع يحفظ الأنساب، ويربط بين الفروع والأصول برباط قوي وبنیان يشد بعضه بعضا، يتناسب مع ما أمر الله به عباده من طاعة الوالدين وحماية أولادهم علي وجه يحفظهم وقت الطفولة وبذلك ينشأ المجتمع القوي المتماسك البنيان ويمنح الشريعة الإسلامية سلطانا واسعا للعقل الذي مكنته من التفكير وأمرته بالنظر في الكون للوقوف علي الحكم والأسرار لأقوى حجة علي صلاحيته.

كما أن الإسلام اعتبر حفظ النسب من الكليات الخمس ؛ لأن الأسرة هي الدعامة الأولى لبناء المجتمع فهي الركن الأساسي فيها، وهي اللينة الأصلية التي لا يمكن الاستغناء عنها عند بناء المجتمع القوي المتحضر وبمقدار قوتها وصلابتها يكون ثبات المجتمع واستقراره وتماسكه.

مما لا شك فيه أن جوهر الرسالات السماوية ومركز البؤرة فيها هو محاولة الحفاظ على الأنساب على مر العصور، والأزمة ويظهر ذلك في أهمية ثبوت النسب، والدليل على ذلك تحريم الرسول - ﷺ - لأنكحة الجاهلية، وهذا التفاخر بالأنساب له فائدة كبيرة في صلاح الأسرة وتقويمها.

ولما كان للنسب كل هذه الفوائد الجليلة، فإن الشريعة الإسلامية جعلته أول حق من حقوق الطفل بعد ولادته، وفي هذا الشأن نجد أن تظهر دور الشريعة الإسلامية في سبغ الحماية للوليد؛ حيث جعلت له الحق في ثبوت نسبه من أول حقوقه بعد ولادته وأنفصاله عن أمه حيا، وهذا لأن رابطة النسب تعد سياجا منيعا يحفظ العلاقة الزوجية ونتاج ثمارها - أي الأولاد - من الفساد والفناء، ويكفل لها الإنتاج القوي الصالح، لخير المجتمع الإسلامي، بل وخير البشرية أجمعين.

ولذلك فقد بدأت بالكلام عليها بنبرة مختصرة من تاريخها. حتى تتمكن من معرفة ماهية الأسباب التي أدت إلى استباحة بعض الأقوام في التهاون عن أنسابهم وذلك بتأجير أرحامهم..... ثم سنحاول عرض موجز لأنظمة الزواج

والأنساب عند بعض الأمم قديماً موضعين وضع المرأة في ظل هذا النظام والتقنين القانوني لتصحيح نسب الأولاد غير الشرعيين عند الشريعة المسيحية^(١) وأخيراً دور الشريعة الإسلامية بهيمنة سلطانها في الحفاظ على الأنساب واقتناع العقل البشري بنظامها

قديماً كان النسب أمراً لا ترى بعض الأقوام وجاهة للحديث عنه، وخاصة قبل مجيء الإسلام فلم يكن هناك اهتمام بنسبة الولد إلى أبيه إذ كان يكفي نسبته إلى القبيلة. وكانت بعض الأسر في آسيا لا ترى تخصيص المرأة لرجل ولا تخصيص الرجل بامرأة إذا كانوا أخوة، ولكل زوجة، كما كان بعضهم يرى نسبة الولد للأم لا نسبته للأب. وما زالت بعض الدول الاشتراكية في أيامنا هذه ترى شيوعية النسب وتعتبر الدولة هي أم الجميع.

ومن ثم كانت الأسرة البدائية علي نظيرها من الحيوان وإن أبسط صور الأسرة هي الأم وأبناؤها، ومما لا شك فيه أن هذه الصورة ونظامها تمثل النتيجة الطبيعية للأسرة عند الحيوان الذي تتكون عنده من الأم وصغارها تبعاً للحالة الإباحية لدى الجماعات البشرية^(٢).

وأن الزواج الفردي جاء بعد عصور كثيرة ساد فيها لدى الإنسانية زواج الجماعة أو فوضى الصلات الجنسية، أو بعبارة أخرى الشيوعية الجنسية؛ لهذا السبب لم تكن هناك علاقة بين الوالد والأبناء، وأن الزواج الفردي كان من ابتكار أجدادنا من الحيوان^(٣).

حتى جاء عصر الجاهلية قبل ظهور الإسلام، فكان النسب يتحدد علي الفراش والولادة والادعاء والتبني، يولد الوليد علي فراش الزوجية أو الملك، فينتسب إلي صاحبه ويولد الوليد من سفاح فيدعيه رجل ويقول أصبت أمه وهو يشبهني، فيكون له وينسب إليه، ويكون لديه كالأبن النسبي علي السواء.

(١) الزواج والطلاق في جميع الأديان - لجنة التعريف بالإسلام - يصدرها المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - تأليف فضلة الشيخ عبدالله المراغي - الكتاب الرابع والعشرون ١٣٨٥هـ - ١٩٦٦ م ص ٢٩٦.

(٢) المدخل إلى التاريخ العام للقانون - د/ الدواليبي ص ٢٧٥، أبحاث التاريخ العام للقانون، علي البدوي ج ١ ص ١٤

(٣) قصة الحضارة - ول برانت ج ١ ص ١٦ عن المدخل إلى التاريخ العام ٤

حتى جاء الإسلام ونظم تلك الأوضاع التي توارثوها وأقاموا عليها، وعلاجها كمثيلتها من سائر الأمور التي عدلها أو قضي عليها. حتى جاري الأوضاع وسائرهما زمنا ثم قضي علي التبنّي وأبطل حكمه.

فقال الله تعالى (وما جعل أدعياءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لإبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فأخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم)^(١).

وأبطل أن يكون الزنا طريقا لثبوت النسب، فقال ﷺ: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) والمراد بالعاهر الزاني، أي أن الولد يكون لصاحب الفراش وينسب إليه. أما الزاني فقد وضع له عقابا وهو إقامة الحد عليه.

وهناك بعض من النظريات التي وضعها علماء الاجتماع^(٢) للنظام الأسري على مر العصور، منهم نظريتا دوبونالد De Bonald^(٣) وماك لينان للنظام الأسري^(٤).

(١) الأحزاب الايتان ٤ - ٥

(٢) مراحل القانون لدوكوجي ج ١ ص ٤٣ بالفرنسية.

(٣) المدخل إلى التاريخ العام للقانون - الدواليبي ص ٣٣٨،

نظرية دوبونالد

(De Bonald) C. Bougle et J. Raffault, Elements de Sociologie, p ٨2 83.

(٤) يرى أحد علماء الاجتماع وهو دوبونالد De Bonald :

أن الحيوان يولد كاملاً L'animal nait parfait أي مجهزاً بما هو في حاجة إليه للقدرة علي الاستمرار في البقاء وذلك لأن بهيمة الحيوان قد جهزها الخالق من أول الأمر بجميع ما تحتاج إليه لبقائها دون حاجة إلى تربية أو تعليم أو رؤية مثيل تقلده وجعلها تميز بين ما هو خير لها وما هو ضار كما جعلها تبحث عن فريستها من غير إرشاد وتتجنب عدوها من غير تنبيه وما نعلمه للحيوان وندره عليه إنما هو لحاجتنا ولذاتنا لا لحاجة الحيوان ولذاته.

أما الإنسان فيولد قابلاً للكمال L'homme nait perfectible أي أنه في حاجة إلي العناية لجعله قادراً علي الاستمرار في البقاء وذلك لأنه يولد في أمس الحاجة إلى عناية بني جنسه ليتكامل نموه ويكون بعد ذلك قادراً علي البقاء. وقد حفت حاجته بكثير من الصعاب المشاق فهو في حاجة أولاً إلي من يعني بصحته وغذائه بضع سنوات لا كالسمكة تولد وهي مستغنية عن غيرها وقادرة علي السباحة والبحث بنفسها عن رزقها ثم هو بحاجة بعد ذلك إلي من يعلمه فمن هو ذلك الذي يجب أن يتوفر علي تقديم كل ذلك إلي الإنسان أبان حاجته المحتومة إلى الغير دون أية فائدة ترجى منه أو مطمع فيه؟ أنهما أبواه علي السواء من غير ترجيح لأحد علي الآخر فالأم التي

وضعته لن تكون بأقل حاجة من طفلها - في كثير من أيام الحمل والحضانة - إلى رجل بعينه يعني بها أو بهما علي السواء من غير مطمع يسعى إليه فيهما أو فائدة ترجي منهما. ولن يقوم بهذه المهمة الشاقة المؤلمة ودون أية رابطة غير الأم التي كان الطفل جزءا منها. ولن يقوم بهذه المهمة إلى جانب الأم أي رجل كان غير الأب الذي ارتبط بهما برابطة الزواج والأنس والدم والحب. وهكذا فرضت طبيعة الأشياء وجود الأسرة من أب وأم وأولادها وجعلت كل عنصر من عناصرها الثلاثة فقط - من غير زيادة ولا نقصان - جزءا من كل متساوين في الإنسانية ولكنهم غير متساوين في وظائفهم الطبيعية.

أن هذا الصرح المكون من هذه المجموعة الثلاثية - أب وأم وأولاد - عبارة عن بنيان يكمل بعضه البعض وهو النواة الأولى للمجتمع البشري في كل زمان من غير شك. وهكذا أخضع التكوين الإنساني كل شخص إلى أسرته أطول مدة لا يعرف لها مثيل في حياة أي مخلوق وذلك لتعزز بطول حاجته إلى أسرته رابطة الجماعة فيما بينها وهذا ضروري لحياة المجتمع الإنساني وحياة الإنسان الذي هو مدني بطبعه لكن الحيوان ليس في حاجة إلى مثل تلك الرابطة الاجتماعية. وهذه إرادة حكيم عليم قدر خلق الإنسان والحيوان وأعطى كل شئ خلقه ثم هدى فتبارك الله أحسن الخالقين.

والدليل على أن رابطة الدم كانت الباعث الفطري الاساسي الوحيد لتكوين الجماعات القديمة البحوث التايخ العام للقانون - على بدوى ص ١٥ مدخل ص ٢٩١

هو اختصاص المرأة بزوجها كان هو النظام المقرر في اصل النشأة وصار التقليد عليه وتأكيدا على ذلك أن أول أسرة نشأت في الوجود هي أسرة ابونا ادم وحواء وكان لا يوجد غيره من الرجال ولا غيرها من النساء وإذا فكل منهما مختص بالآخر وليس هناك شيوعية جنسية ولا إباحية ولا يمكن أن يقال ذلك والأولاد والأحفاد الذين جاءوا بعد ذلك إنما نشأوا في ظل هذين الأبوين ورأى الأولاد ثم الأحفاد اختصاص الزوجة بزوجها فقد أصبح هذا تقليدا يأخذه الابن عن أبيه.

هذا بالإضافة إلى أن الغوغاء الجنسية التي وجدت بعد ذلك فليست الا عارضة وتعتبر شذوذا على الاصل ، ولذلك يجب البحث عن أسبابها.

ويستفيد مما سبق أن الخطأ الذي يقع فيه الباحثون هو أنهم تركوا اصل النشأة ثم نظروا بعد ذلك الاصل فيما عرض للبشرية وقد تفرقت أوزعا في بيئات مختلفة ثم حدوث بعض الوقائع نتيجة الانحراف في بعض لقبائل المتخلفة فكريا وقد اخذوا في ذلك أمارة على أنها من بقايا المجتمع الفطري الأول وعلى أن الزواج فيه أو اختصاص المرأة بالرجل لم يكن معروفا حينذاك وإنما الزواج من ابتكار الحيوان الذي لم يلبث الإنسان أن قلده فيه وترك ما كان قد نشأ عليه من فوضى العلاقات الجنسية فبدأ الإنسان من أم واحدة وأب واحد هو اعتقاد جميع الأديان السماوية وهي العقيدة التي لا يحوم الشك حولها ولا يختلف فيها دين ولا ينكرها عقل ويرجع الخطأ الذي يقع فيه الباحثين في موضوع الفوضى الجنسية إلى إغفالهم لهذه الحقيقة

نظرية ماك لينان

ونسوق هنا نظرية كان لها بعض الدوى في هذا الموضوع وهي نظرية ماك لينان Lennan وهو عالم اجتماع إنجليزي.

أنه يفسر في كتابه Primitive marriage أي الزواج البدائي أن ندرة الأطعمة التي كانت في حوزة الرجال الأولين قادتهم قطعاً إلى وأد البنات تخلصاً من أفواه لا يستفاد

من أصحابها في كسب الغذاء المحفوف حينذاك بكثير من الأخطار. ومعروف أن الأقوام الرجل الأولين ما كانوا يعرفون الزراعة ولا تربية الحيوانات وكان عليهم إذا أن يعيشوا من الغنائم التي كانوا يحصلون عليها باصطياد الحيوانات الوحشية. ولسوء الأسلحة التي يستعملونها كانوا في أشد الحاجة إلى رجال أشداء مهرة في الصيد ولذلك كان من الطبيعي أن يربوا صبياناً أقوياء لا إناثاً لا يستطيعون أن يعتمدون علي أنفسهم في كسب الرزق.

وهكذا ذهب ماك لينان إلى أن ممارسة وأد البنات في الأزمنة الأولى جعلت المرأة نادرة ودفعت إلى الأخذ بشيوعية المرأة وإباحتها لجميع الرجال في داخل كل مجموعة من الناس أي أن كل مجموعة من الرجال قد اتخذت امرأة واحدة لجميع أفرادها. وقد كان شاهد ماك لينان علي نظريته ما كان يراه من الأقوام الهمج في آسيا وأفريقيا وأمريكا ومن وراء ذلك استنتج النتائج الآتية:

أولاً: أن هذه الندرة التي حدثت للنساء قد دفعت الناس إلى اختطاف نساء المجموعات المجاورة وقد قرر أن هذا كان أمراً معتاداً.

ونرى من جانبنا أنه بالفتوى الصادرة بشأن إباحة تحديد نوع الجنين التي سبق وأن بيناها تفصيلاً من هذا البحث سوف نرجع إلى الوراء ونكرر الأخذ بمبدأ شيوعية المرأة وإباحتها لجميع الرجال وذلك ولعدم التكرار والإطالة للأسباب التي سبق وأن ذكرناها التي منها سوف يزداد عدد الرجال عن النساء وهذا لأننا مجتمع ثميل فيه إلى إنجاب الذكور.

ثانياً: قد أصبح اتخاذ الرجال امرأة من بينهم أمراً استثنائياً بل مخالفاً للعرف.

ثالثاً: أن فكرة الزواج من الغرباء عن المجموعة تعتبر أمراً قائماً علي عرف اكتسب قوة الحكم الديني وأن الخروج علي هذا العرف يستوجب عقوبة مفروضة من قبل أرواح الأجداد.

رابعاً: أن ندرة النساء قد نتج عنها بطبيعة الحال جهالة الأبوة وخاصة أن النساء اللاتي يحتفظن كن يرجعن إلى ذويهم السابقين بالاختطاف كذلك ثم يتكرر مرة ثانية وثالثة وهكذا دواليك في أثناء مدة الحمل وهذا ما أدى إلى نظام الأمومة في الأسرة هذا النظام الذي يعتبر أن الأم هي الوسيلة الوحيدة للدلالة علي النسب.

خامساً: أن نسب الأولاد يكون للأخ الأكبر باعتبار أنه أول من اتصل بالمرأة قبل أخوته.

نقد نظرية لينان:

إلا أن هذه النظرية - التي استهوت الكثيرين من مفكري القرن التاسع عشر - لم تلبث أن اصطدمت بمحملات عنيفة جدا من قبل العالم الاجتماعي هربرت سبنسر Herbert Spencer ومن غيره من كبار العلماء الذين أخذ عددهم في الازدياد إلى أن رفضت رفضاً باتاً.

وكان من الردود علي هذه النظرية:

أولاً: أن شيوع المرأة Promiscuite sexuelle إنما هو افتراض قائم علي وقائع شاذة مثل زواج الأخ من أخته في مطالع الأزمنة التاريخية وخاصة في اليابان وبيرو ومثل ما يحكي أيضاً من أن زواج الأخ بأخته مازال معروفاً حتى اليوم في الطبقة الاجتماعية العليا من جزر هاواي وكذلك تعدد الأزواج الذي يعرف بصورة شاذة عند بعض قبائل الاسكيمو لا جميعهم وعند بعض القبائل الجبلية من الطبقات الدنيا Degradées

وعند بعض سكان التبت Tibet من الفلاحين وعند جماعة الواهوماس Wahumas من افريقيا الشرقية وكذلك عند الأقزام السود Negritos من سكان جزر أندمان Andaman في خليج البنغال في الهند ممن هم أكثر فسادا وانحلالا وكادوا ينقرضون اليوم.

وفي الحقيقة أن شيوع المرأة وتعدد الأزواج في الوقت الحاضر يعتبران من الوقائع الاستثنائية التي لا تحدث إلا لدى القبائل المنحطة جدا في مستوى البشرية ثم هي غرائب تشاهد في بعض الفروع البشرية لا في أصولها حيث يجهل الجميع اتصالها بعهد البشرية الأولى.

ثانيا : هذه الوقائع لدى الحيوانات ليست بالوقائع العامة الشاملة فهي ليست من سلوك الطبقة العليا القريبة الشبه من الإنسان فلا توجد لدى كبار القروء حيث تعيش هذه القروء في حياة كثيرة التنقل وهي في جماعات مؤلفة من ذكر وأنثى أو أنثيين مع صغارهما ولم يشاهد في الاتصال بين الذكر والأنثى شئ من مظاهر الشيوع الجنسي. (مراحل القانون لدوكوجي ج ١ ص ٤٤ بالفرنسية).

ولذلك لا يمكن التدليل بشئ ما علي أن شيوع الأنثى الواحدة بين الذكور promiscuite أو تعدد الأزواج Polyandrie قد وجدا في العصور البدائية.

ثالثا : أن كثيرا من القبائل اليوم ممن يؤخذ عنها الدليل علي شيوع المرأة وتعدد الأزواج قديما إنما يمارسون في صلاتهم الجنسية نظام اختصاص الزوجة بزوج واحد وذلك مثل الكثيرين من أقزام إفريقيا Pygmees d'Afrique وجماعة الفيداس في سيلان Les Veddas de Ceylan.

وإذا لا مرجح للقول بأن الأصل في المجتمعات البدائية شيوع المرأة وتعدد الأزواج حيث يقال : ولماذا لا يكون الأصل هو اختصاص كل زوجة برجل ؟

رابعاً : أن بعض علماء الاجتماع مثل يقرر أن حرية الصلات الجنسية قد برهنت بنفسها علي أنها تزداد مع التقدم في المدنية ومعنى ذلك أن شيوع المرأة ليس من خصائص الحياة الأولى في نشأة الإنسان.

خامساً : قد لوحظ في بعض الحالات أن شعبا ما عندما ينحط تنحل معه شيئا فشيئا نظم الزواج واختصاص الزوجة بالزوج وتشيع فيه حرية الصلات الجنسية بصورة متزايدة من يوم لأخر حتى تصبح شبيهة جدا بشيوع المرأة ذلك الشيوع الذي اعتبره بعض علماء الاجتماع مثل ماك لينان ولوبوك من خصائص الحياة البدائية الأولى للإنسان (مراحل القانون) Les etapes du droit ج ١ ص ٤٤

أولا :

يرى البعض ونؤيده في أن شيوع المرأة Promiscuite sexuelle إنما هو افتراض قائم علي وقائع ليس لها أساس وأن كان هناك بعض الظواهر مثل زواج الأخ من أخته في مطالع الأزمنة التاريخية وهذا مقتصر علي فئة معينة ولأسباب معينة من بعض العائلات ولكن سرعان ما اندثرت لكونها ظاهرة كما سبق وأن بينا وسرعان ما تنتهي ومن ثم نرى من جانبنا أن ماك لينان أخفق عندما استدل علي نظريته بما كان يراه من الأقوام الهمج في آسيا وأفريقيا وأمريكا في اتخاذهم بفكرة أن الزواج من الغرباء عن المجموعة تعتبر أمرا قائما علي عرف اكتسب قوة الحكم الديني وأن الخروج علي هذا العرف يستوجب عقوبة ورأى أن بهذا أكبر دليل علي أن الأصل هو شيوع المرأة جنسيا ولكننا

الفوضى الجنسية عند الأمم القديمة على مر العصور^(١) نظراً لأن صلاح الأسرة هو أساس المجتمع فقد بدأت بالكلام عليها بذكر شئ من تاريخها. بالرجوع إلى تاريخ الأمم البدائية، فهناك بعض من الفوضى الجنسية مارسها البشر كالحوانات كما سبق وأن ذكرنا، فجمعت المرأة في وقت واحد بين رجال متعددين، لا هم لكل واحد منهم إلا قضاء الشهوة الجامحة وإطفاء الغريزة، فلا يرجو لعمله ثمرة ولا يرقى نتيجة فكانت الحياة فوضى والناس أشبه ما يكونون بالحيوانات كما سبق وأن بينا وكما رأى البعض وبالرغم من ثمرة الفوضى الجنسية التي كانت حصاد بعض الأمم على مر تاريخ الإنسانية، إلا أنه هناك بعض الأنظمة^(٢) (التي حافظت على الأعراض وعاقبت على ارتكاب الفاحشة

نرى أن سبب أنزال العقوبة على من يتزوج الغريباء هو المحافظة على الأنساب والأعراق باستمرار السلالات وعدم اختلاطها لأن قديماً كان يقول فلأن ينتمي إلى قبيلة كذا أو عائلة كذا وهذا اعتقاداً منا للترابط الأسرى وليس لشيوع المرأة كما يدعى ماك لينان ثانياً: رغم أننا نؤيد بعضاً من معارضي هذه النظرية مثل العالم الاجتماعي هربرت سنسر Herbert Spencer في جزء منها وهو أن شيوع المرأة وتعدد الأزواج في الوقت الحاضر يعتبران من الوقائع الاستثنائية وطبعاً هذا في بعض الدول المنحطة على حد تعبيرهم ولكننا نزيد عليه في كونها ظاهرة وليست من الوقائع الاستثنائية لأن هناك فرق بين الاثنين من حيث أن الأخيرة تحدث بناء على نظام سائد ومستمر ومنظم وتكون استثناء على القاعدة واختفائها يكون ببطء أما الظاهرة فليس لها أساس لذلك يقال عليها العامة تقليعة وسرعان ما تختفي وتضمحل إلا أنه يؤخذ عليه في اقتصاره على وجود هذه الظاهرة في الدول المنحطة فقط لأنه وللأسف الشديد هناك صور قد نظراً علينا وللأسف في عالمنا والاسلامى ونسال الله عز وجل أن تكون اختفت منها قضية تبادل الزوجات وليس معنى ذلك أن يكون هناك شيوع المرأة فتعد هذه من الظواهر استثناء على أصل القاعدة وسرعان ما تنتهي

- (١) الأسرة والمجتمع ص ٥٨ - ٦٦ المقارنات والمقابلات ص ٣٢٢ - ٣٢٤
- (٢) (كنظام الزواج والطلاق البابليان) مواد الزواج وحقوق الزوجين قديماً.
- مادة ١٤٤ - إذا تزوج رجل كاهنة وأعطته جارية لتلد البنين ثم أدار الرجل وجهه ليتزوج خليلاً فينجب منه من التزويج بها ولا يجوز له اتخاذ خليلاً.
- مادة ١٤٥ - إذا تزوج رجل كاهنة ولم تلد له أولاداً وقرر أن يتزوج خليلاً ثم تزوجها وجاء بها الي بيته فالحليلة سوف لا تكون في مستوى الكاهنة.
- مادة ١٤٦ - إذا تزوج رجل بكاهنة وجاءت له بخادمة لتلد له أولاداً ثم أن الخادمة أقامت نفسها مقام سيدتها لأنها ولدت له أولاداً فليس للكاهنة زوجة الرجل أن تبيعها بفضته ولكن لها أن تربيها وتعدّها من بين العبيد.
- مادة ١٤٧ - إذا لم تلد الخادمة لسيدتها أولاداً حق لزوجته الكاهنة أن تبيعها بفضته.

بأشد ما يكون من العقاب، لكن جميع هذه الأنظمة لم تكن إلا وليدة المصادفة، وكان ينقصها الأحكام والاستقرار، حتى تمتلئ النفوس باحترامها وتقديسها والمحافظة عليها.

لا خلاف أو جدال بين الديانات السماوية الثلاثة حول مشروعية الزواج، وأنه السبيل الوحيد للتناسل لاثبات النسب وبقاء النوع، وهذا أمر فطري غريزي، إذ أن جميع الحيوانات مدفوعة إلي التلقيح بدافع الشهوة البهيمية فيها، فهي مضطرة إلي ذلك وحريصة علي التناسل والمحافظة علي نتاجها والاعتناء به فالإنسان أولى من سائر الحيوانات بما أوتي من العقل أن يعمل بمقتضى فطرته علي أن ينضم إلي شريكة له في حياته بطريقة منظمة توفر له الراحة والمتعة. فمنذ وجد النوع البشري علي الأرض وجد الزواج والاجتماع بين الرجل والمرأة لا تشد أمة عن السنة، فهي من سنن الله (فلن تجد لسنة الله تبديلاً)^(١)، وقد اختلفت الأمم وتباينت في تحديد الطريقة التي بها يجتمع الرجل بالمرأة.

فبعض الأمم ترى وجوب تعدد الزوجات تكثيراً للنسل، وبعضها ترى وجوب تعدد الأزواج للمرأة الواحدة خصوصاً في البلاد التي يقل فيها عدد النساء عن الرجال كما أن بعض الأمم يقتصر زوج واحد لزوجة واحدة، لذلك سوف نقوم بعرض تفصيلي مختصر عن أنظمة الزواج عند الأمم القديمة، حتى نهتدي للعلة أو السبب الذي جعل بعض المجتمعات تتقبل فكرة الإخصاب خارج العلاقة الزوجية.

تزوج المرأة بعدة رجال: يكثر هذا النوع من الزواج في الشعوب البدائية عند بعض الأمم حيث يوجد نظام يباح بمقتضاه لجماعة من الرجال أن يشتركوا في زوجة واحدة فتكون حقاً مشاعاً بينهم.

أشكال تزوج المرأة بعدة رجال

مادة ١٤٨ - إذا تزوج الرجل بامرأة ثم وقعت في المرض وقرر أن يتزوج غيرها فله أن يفعل ذلك ولكن ليس له أن يطلق زوجته الأولى التي أصابها المرض أما هي فلها حق السكنى في زوجها الذي بناه وعليه أن يعينها مادامت في قيد الحياة.
(١) سورة الاحزاب الآية ٦٢.

الشكل الأول:-

فى حالة وجود قرابة فى الدم، ويكون هذا فى بعض الأحيان فى الأزواج الذين بينهم رابطة قرابة، فيعملون على الاشتراك فى زوجة واحدة، وبالرغم من ذلك هناك اختلاف بين منزلة هؤلاء الأزواج، فهناك بعض الأنظمة التى تختلف منزلة الأزواج فيها وأخرى تتحد منزلتهم كالاتى :

- ١ - المساواة بين الأزواج فى الحقوق والواجبات والأبوة للذرية. أى يعتبرون جميعاً آباء لمن تأتى به الزوجة من أولاد.
- ٢ - اتخاذ أحد الأزواج زوجاً أصيلاً.

فينسب اليه وحده جميع من تأتى به المرأة من أولاد، ويعتبر من عداة أزواجها من الدرجة الثانية لهم مساكنة الزوجة فى مقابل بعض الواجبات التى تلقى على عاتقهم أو بغير مقابل.

ويوجد ذلك النوع فى جنوب الهند وعلى حدوده الشمالية وخاصة لدى قبائل (جوانواريس، زيلنده الجديدة - جزائر ماركيز وجنوب أمريكا وفى بعض جهات كناريا من غرب أفريقيا وفى اليوسيين من آسيا وجبال هملايا وغير ذلك من السكان.

فقد جرت عادتهم أن يتزوج الأخ الأكبر، فتصبح زوجته لجميع إخوته، والمرأة تتمتع بإخلاص جميع أزواجها. ومصالح البيت تكون موزعة على هؤلاء الأزواج. والحكومة الهندية تحاول إخضاع هذه القبائل لقانونها العام الذى لا يبيح مثل هذه الحالة.

والعقائد الدينية عند هذه القبائل لا تزال تعوق جهود المصلحين، ويظهر أن هذا النظام نتيجة الفقر وعدم وجود القدرة عند الرجل على القيام بشئون أسرة مستقلة يقوم فيها بشئون أبنائه. وفى بعض قبائل العرب فى الجاهلية كان الولد يشارك أباه فى زوجته.

والشكل الثانى: لهذا النظام أن يباح تعدد الرجال لامرأة واحدة بدون تقيد بوجود رابطة قرابة بين الأزواج. وهذا النوع كان موجوداً فى الجاهلية. وقد يباح التعدد على وجه يجعل الزوجة متصلة بزواج واحد ويباح لغيره أن يساكنها لا على أنه زوج. ويسمى هذا نكاح الاستبضاع سبق وأن تحدثنا عنه بشئ من

التفصيل. وقد كان شائعاً عند الرومان وفي الجاهلية. فقد كان الزوج يسمح لزوجته أن تتصل برجل عظيم لتأتي له بأولاد نجباء ينسبون اليه ويحملون اسمه. بل كان هذا النوع يعد من الفضائل عن الاسبرطيين، ومن عيوب هذا النظام أنه يؤدي إلى ضعف غريزة الغيرة عند الرجال علي النساء لأن المرأة تصبح مشاعة بين رجال متعددين لا تحمل النخوة واحدة منهم علي المحافظة علي كرامتها^(١).

تزوج الرجل بامرأة واحدة من أنظمة الزواج نظام يوجب ألا يتزوج الرجل بأكثر من امرأة واحدة في وقت واحد ولا المرأة أكثر من زوج واحد كذلك. وقد أخذ بهذا النظام كثير من المجتمعات الإنسانية قديمها وحديثها متحضرها وبدائيتها. وساد علي الأخص في العصور القديمة عند قدماء اليونان والرومان، ويسير عليه في العصر الحاضر جميع الأوروبيين وسلالاتهم بأمريكا وأستراليا وغيرهما وقد جعلته الشريعة المسيحية المثل الأعلى للزواج، وإن لم يرد في الإنجيل نص صريح يدل علي تحريم تعدد الزوجات، وإنما فهم بعض الفقهاء المسيحيين هذا المعنى من عبارة في الإنجيل لا تدل دلالة صريحة علي ذلك.

وقد صار قدماء المسيحيين علي هذا النظام، لأن معظم الأمم الأوروبية التي أنتشرت فيها المسيحية في أول الأمر - وهم اليونان والرومان ومن جاء إليهم - كانت التقاليد عندهم تحرم تعدد الزوجات وقد سارت علي هذا النظام بعد اعتناقها المسيحية علي ما وجدت عليها آباءها فلم تكن وحدة الزوجة لديها نظاماً طارئاً جاء به الدين الجديد الذي دخلت فيه وإنما كان نظاماً قديماً جرى عليه العمل قبل ذلك. غير أن الأوضاع الكنسية المسيحية قد استقرت الآن علي تحريم هذا التعدد واعتبرت هذا التحريم من تعاليم الدين كما يتضح ذلك جلياً عند الكلام علي الزواج عند المسيحيين^(٢).

ولهذا النظام أضرار يضر بها المجتمع الذي يسوده، لأن عدد الأخدان والعشيقات يزداد في تلك البلاد زيادة تخل به.

(١) الأسرة والمجتمع ص ٧٢ - المقارنات والمقابلات ص ٣٤١ - المرجع السابق.

(٢) الأسرة والمجتمع ص ٧٢
المقارنات والمقابلات ص ٣٤١

تزوج الرجل بعدة نساء تدعونا شريعتنا السمحاء الشريعة الإسلامية التي نعتبرها أم الشرائع وذلك دليل على استمرارها وصلاحياتها لكل العصور. وهذه هي طبيعتها فهي تنظر إلى الصالح العام، وتهدف إلى تحقيقه

ولهذا تبيح التعدد لأنه ليس من الصواب منع التعدد في بعض الأحوال. كما أنه ليس من المصلحة إباحة التعدد في بعض الأحوال. وم ثم نرى أن الفیصل فی هذه المسألة هو العبرة بالسبب الداعي إلى التعدد ونرى من جانبنا أن هناك بعض الأمور لا تعالج إلا بتعدد الزوجات مثل مشكلة النساء اللاتي تؤجر أرحامهن، فبدلاً من أن يؤجر الرجل رحم سيدة فما المانع من أن يتزوج غير زوجته رغبة للإنجاب الذي شرعه - الله تعالى - .

ويعترف بعض المفكرين من الأمم التي لا تدين بالتعدد أن تحریمه شر، وييل علي الفضيلة، إذ أن مساوئ المخادنة والمعاشرة بدون زواج لا تزال تنقص الحياة الزوجية وتجعلها مضطربة مختلة. فقد خطب أحد رجال الحكومة الفرنسية خطبة ذكر فيها أن عدد الأولاد اللقطاء المجموعين في الملاجئ بلغ حداً عظيماً أرهق ميزانية الملاجئ. وما ذلك الا نتيجة عدم التعدد. ولا تزال مشاكل عدم التعدد تعصف ببعض المجتمعات وتتطلب حلولاً عاجلة تحقق المصلحة^(١). ولا سبيل لعلاج هذه المفاصد إلا بالأخذ بما جاءت به تعاليم الإسلام من مراعاة المصلحة العامة وظروف المجتمع وإيجاد توازن بين الرجال والنساء اللاتي يكثرن أحياناً فيكون من المحتم وضع صمام يمنع تسرب الفساد وذلك نرى بتعدد الزوجات لرجل واحد إذا تطلب أمر وهذا ما أمر به الله - عز شأنه - .

ونرى من جانبنا أن عدم سماح بعض القوانين أو الشرائع الدينية بنظام تعدد الزوجات أسفر عنه مشكلة الرحم المستأجر التي نعتبرها صورة من صور الجواري والسبايا؛ لأنه جعل الرجل يلجأ إلى امرأة أخرى تحمل نطفة زوجته أو نيابة عنها بدلاً من أن يتجه إلى الحل الأيسر والمشروع، وهو التزوج من امرأة أخرى تحقق أمله في الإنجاب، لذلك لو عقدنا موازنة أو إحصائية بين الدول التي

(١) المقارنات والمقابلات ص ٢٣٦ - ٢٣٩

الاسرة والمجتمع ص ٦٦ - ٧٢.

دائرة معارف وجدي جزء ٤ ص ٦٩١ - ٦٩٣

تكون منها مؤجرات الأرحام لوجدناها من الدول الفقيرة أى الدافع لدينهن هو المال وهى الأكبر طبعاً. أما الدول التى يحتاج الأزواج فيها إلى الإنجاب لأسباب قد ترجع أحياناً إلى العقم تكون دولهم فى الغالب لا تبيح التعدد وتمارس نساؤها الإنجاب بتأجير الأرحام وهى الدول الغربية. الأمر الذى يجعلنا نهتم بدراسة موقف القوانين الوضعية والفقه الإسلامى من دعوى إنكار النسب ثم طرق ثبوت نسب ابن الرحم التى منها البصمة الوراثية وهى التى تهتم موضوعنا محل الكتاب. ثم نقوم بعرض لآراء العلماء فى نسب المولود من الرحم المستأجر ثم المشكلات المترتبة على مسائل ثبوت النسب وبالتالي الآثار التى تترتب على ثبوت النسب إن شاء الله تعالى.

المطلب الأول

موقف القوانين الوضعية والفقه الإسلامى من دعوى إنكار النسب^(١)

هل يستطيع أحد الزوجين رفع دعوى نفى نسب على صاحبة الرحم بموجب العقد المبرم بينهما وباعتبارها أم الطفل التى ولدته بنطفتهم قانوناً كما يحق فى الأحوال العادية برفع الزوج دعوى نفى نسب على زوجته عند الشك فى عدم انتماء الطفل المتفق عليه إلى نطفتهم (كان توجب لغيرهم ويترتب عليه اختلاط النطف أو يعاشرها زوجها بعد غرس نطفتهم فى رحمها فتحمل منه على لقيحة الأبوين البيولوجيين قتلة توأماً؟

وبدون شك إن هذه حالة يأخذ أمامها العقل موقف حيرة، لأن صاحبة الرحم المستأجر لها فراشان زوجها الأصيل - وفراش صاحب النطفة فإلى أى فراش ينسب....؟

لمعرفة حكم هذه الحالة لا بد من أن نتناول دراسة الموقف تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق فى رحم زوجته بنطفة غيره. ثم نقيس حكم هذه المسألة على مدى أحقية الأبوين البيولوجيين فى رفع دعوى إنكار النسب عند الشك فى الطفل المتخلق من صاحبة الرحم المستأجر بناء على الاتفاق المبرم

(١) "فقد نصت المادة ١٥ من القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أحكام فى ذات المعنى: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

بينهما، وذلك من خلال عرضنا لموقف القانون الفرنسي والقانون المصري ثم نختم برأى الفقه الاسلامى إتماما للوصول إلى حكم كامل والله أعلم.

هناك بعض الاختلافات بين رأى العلم ورأى الدين بالنسبة إلى نسب الطفل المتولد، رأى الدين يقول: أن الولد للفراش وبتطبيق هذه القاعدة على عملية الرحم المستأجر يصبح نسب الولد إلى صاحبة الرحم المستأجر وزوجها، مما يؤدي إلى موافقة زوج المرأة المستأجرة أساسية فى هذه العملية هذا بالنسبة إلى المرأة المتزوجة، ولا تتم الا بموافقة باعتباره أنه سيصبح أبا لهذا الطفل المولود من رحم زوجته.

أما لو طبقنا رأى العلم سيكون الأب والأم لهذه العملية هما أصحابا النطف البيولوجية ولا عبرة بموافقة الزوج، وهذا الاختلاف أدى إلى تخطيط معظم الأطباء فى آرائهم تجاه هذا الموضوع.

ولقد بات واضحاً ما خلفته قضية تأجير الأرحام من مشاكل كبيرة، فلقد تنازع الفقه القانوني والشرعي على النسب جهة الأم، مما أثمر عنه جدالات ومناقشات (فى حقول) عديدة فى عدة مجالات فلسفية واجتماعية وطبية، الأمر الذي جعل من حسم مشكلات النسب المتعلقة بتلك الوسيلة الإنجابية أمراً عسيراً ومحيراً عن نسب الولد الناتج من ثمرة هذه العلاقة الغير مشروعة؟ هل الولد ينسب إلى الأم التي حملته ووضعت (الأم الحقيقية) أم الأم التي غدت الولد بعد ولادته (وهي الأم من الرضاعة) أم الأم التي ينبغي أن تكرم لسبب سمو مكانتها فى الإسلام وتبعتها لسيدنا (رسول الله ﷺ) لا غيره وهن: (أمهات المؤمنين). تلك هي باقية الأمهات التي تحدث عنها القرآن الكريم حيث ذكر لكل مسمى أم من الأمهات اللائي تحدث عنهن صفات تخصها وتشريعات تترتب عليها؟

ولكن بعد ظهور مثل هذه التقنيات وما خلفته لنا من نتائج، مفروض علينا أن نواجهها، هل يمكن لنا أن نسلم بوجود نوع أمومة جديد لم يكن موجوداً من قبل يسمى الأم الوالدية؟ أى الأم التي حملت ووضعت بنطفة غيرها لظروف قد تكون مرضية عند صاحبة البيضة، وهذا نوع من الأمومة لم يذكر فى القرآن عنه شيء، ولكن هذا ما أثمرته الطبيعة البيولوجية من نتاج، ويعتبر هذا ضمن الاجتهادات التي تتطلب منا البحث والتمحيص.

ولتماما للفائدة المرجوة من هذا الكتاب، يجب ألا نخلط بين شرعية الإنجاب بواسطة استئجار الرحم وبين الآثار المترتبة عليه من حيث النسب والميراث والحق في الحضانة والرضاعة تباعا، وذلك علي فرض اللجوء إلى هذه العملية لأن وسائل الإنجاب عامة لا يقتصر أمرها علي إثبات شئ محرم يأثم فاعله، بل أنها تخلف حالة إنسانية يجب معالجة أوضاعها القانونية، وهي الطفل المتخلق دون أن يكون له دخل في الطريقة التي أتى بها.

ولأن الخلط بينهما سيضع الأمومة البيولوجية والأمومة بالرحم على كافة الميزان، وهذا غير عادل، لعدم شرعية عملية الإنجاب باستئجار الرحم كما سبق وأن بينا، أي أنه لا يعنى عرضنا لمسألة الأنساب أننا نبيح هذه الوسيلة، ولكن الذى نسعى اليه مفاده مدى انطباق قواعد الأنساب فى القانون الوضعي والفقه والإسلامي على المولود من الرحم المستأجر باعتبار أنها واقعة حدثت بالفعل، الأمر الذى حدا بنا إلى معرفة وجهة نظر كلا من الفقه القانوني والفقه الإسلامي حول نسب المولود.

فقد استبان لنا وجود اختلاف بينهما، وذلك من خلال استعراضنا لنظرية كل منهما على حدة، فالفقه القانوني جسد نظريته بمفهوم علمي على أساس معيار فسيولوجي الجسد من خلال الجينات الوراثية التي تضيف مصداقية انتماء الأبناء لأبائهم، ولا تدع مجالاً للشك حول نسبهم مما يعطى الفرصة للتواصل والتماسك الأسري.

أما الفقه الإسلامي فقد اتجه أهل الفقه إلى الاعتماد على التابع الوراثي بين الأجيال، ونصبوا أنظارهم تجاه الوقائع المادية التي تجسد المشاق التي تقطعها الأم من الحمل والوضع والإرضاع، لأجل ذلك فقد بنوا فكرة الأمومة مقامه علي أساس الحسي المتجسد فيه فكرة الأمومة وشعورها بالآلام الجسدية المتمثلة فى الحمل والولادة والإرضاع.

أولاً: موقف القانون الفرنسي تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق من رحم زوجته بنطفة غيره

اختلفت رؤية القانون الفرنسي ما بين قبل وبعد إجازة التبوع بالنطف المنوية

١- قبل إجازة التبوع بالنطف المنوية في البداية قبل أن يقنن القانون الفرنسي إجازة التبوع بالنطف المنوية وهذا ما صارت عليه بعض القوانين الأخرى^(١). أعطى الزوج حق إنكار نسب الطفل المتخلق بأحشاء زوجته التي لقحت بنطفة متبرع بالرغم من أسبقية موافقته على ذلك وهذا ما ذهب إليه حكم محكمة نيس الابتدائية حيث أسست المحكمة حكمها بأحقية الزوج في إنكار نسب الطفل الذي تخلق برحم الزوجة عن طريق تلقيحها بمنى متبرع علي أساسين: الأول هو أن الزوج قد أثبت بالفعل أن الولد ليس من نطفه، فهو ليس أباه البيولوجي لكونه عقيماً عقماً دائماً، لا تفلح الوسائل الصناعية في البرء منه، وإلا لو كان مخصباً فلماذا التجأ لتقنيات التلقيح الصناعي بنطفة غيره من الأصل.

الأساس الثاني: هو أن دعاوى الحالة وبصفة عامة لا يجوز التنازل عنها، وعليها فإن غل يد الزوج عن ممارسة هذا الحق في إنكار النسب والمقرر له بموجب

(١) ومن التشريعات التي حسمت مسألة أنكار الزوج لنسب الطفل المتخلق من نطفة غيره القانون الكويتي حيث نص في المادة ١٦٨ من قانون الأحوال الشخصية علي حكم قانوني ولا شك ليواجه حالات زنى الزوجة ولتقرير حق الزوج في أنكار نسب النسل المتخلق عن ولكن هذا الحكم يمتد ليشمل حالات التلقيح الصناعي كذلك لكونها لا تختلف عن التلقيح الطبيعي في شئ سوى الوسيلة التي يعمل بها المنى لرحم المرأة ليعلق به وهذا الحكم الذي ورد في هذه المادة هو أنه لا يثبت النسب من الرجل إذا أثبا أنه غير مخصب أو يوجد لديه مانع أو خلقي يمنعه من التوالد مطلقاً. ويترتب علي هذا النص نتيجة واضحة تماماً وهي أن الزوج الذي يلتجأ إلى تلقيح زوجته صناعياً بنطفة الغير له أن ينفي ذلك النسب ليس في وقت الولادة فقط وإنما يمتد حقه إلى ما بعد الولادة شريطة أن يثبت أنه غير مخصب أو يستحيل أن منه الولد نظراً لما به من عيوب خلقية أو مرضية ترتبط بأبضاعه التناسلية.

ويستنبط من مضمون النصوص الواردة في التشريع الكويتي دلالة قاطعة وجيدة وهي أن نسب الطفل المتخلق من منى غير الزوج لا يثبت في الأصل جهة الزوج وذلك يستفاد من نص المادة ١٦٨ أحوال شخصية كويتي التي تقرر أنه: لا يثبت النسب من الرجل إذا أثبت أنه غير النسب فهذه المادة منعت من الأصل ثبوت النسب لرجل غير مخصب من البداية ويرتب ذلك مهمة مفادها أن الزوج حينئذ يكون في غير حاجة إلى أنكار نسب لم يلحقه من الأصل. للزوج مكنة الإنكار فإن أنكار النسب يعني ثبوته قانوناً كما أن ثبوت النسب للزوج يعني احتمال كبير أن يكون هذا النسب من مائه وهذا الاحتمال لا يمكن الأخذ به في ظل إصابة

الزوج الواقعية بعجز دائم عن الإخصاب الأمر الذي يضيف علي أحكام القانون الكويتي الكثير من الواقعية بإقراره قانوناً كي تتفق في النهاية الحقيقية الجينية للطفل مع الحقوق القانونية والواقع الاجتماعي.

نصوص القانون والمتعلق بمسألة النسب وهي من مسائل الحالة عن طريق افتراض التنازل عنه لكونه وافق علي تلقيح زوجته بنطف غيره هذا التنازل علي فرض وجوده هو تنازل باطل لكونه يمس حقوق الأفراد المتعلقة بدعاوى الحالة التي لا يجوز المساس بها لتعلق أحكامها بالنظام العام الفرنسي^(١).

وقد كان للزوج بمقتضى الاتجاهات القضائية والتشريعية السابقة أن ينكر نسب الولد المتخلق بشكل طبيعي أو صناعي خلال ستة أشهر من تاريخ واقعة الولادة وذلك بموجب (المادة ٣١٦ من القانون المدني الفرنسي أما المادة ٣/٣٣٩) من ذات القانون السابق فتمنح الزوج الذي أقر بنسب طفل يعدل عن إقراره ويعدل عنه في خلال مدة عشر سنوات، كما أن المدة السابقة متاح للغير من خلالها كذلك أن يعترض علي إقرار الزوج بنسب طفل كالورثة مثلاً أو كل ذي مصلحة، وما سبق إن دل علي شئ فإنما يدل علي الحرية الواسعة التي كفلها القانون الفرنسي لإرادة الأفراد بشأن الإقرار بالبنوة والعدول عنها، مما قد لا يكون مستحباً لمصلحة استقرار المعاملات^(٢).

٢- بعد إجازة القانون الفرنسي للتبرع بالنطف المنوية وصدور قوانين التناسل الطبي:

ولكن سرعان ما تراجع، وبعد صدور قوانين التناسل الطبي والتي أجاز من خلالها التبرع بالقوى الجينية فقد اختلفت الرؤية تماماً، ولم يصبح للزوج أو العشيق أن ينكر أياً منهما نسب الطفل المتخلق بطريقة صناعية بمساعدة متبرع وبموافقة مسبقاً علي ذلك، بل إن القانون الفرنسي وفي سبيل أن يسدي مسألة التبرع فاعلية بعدم لأثارها لمشكلات التنازع علي النسب نفياً وإنكاراً اشترط أن تفرغ موافقة الزوجين علي سلوك سبيل التلقيح بنطفة غير الزوج في شكل كتابي وأمام موثق رسمي^(٣).

(١) أنظر حكم محكمة نيس الابتدائية الصادر في:

- 30 juin 1976, J.C.P., ١٩٧٧, II.18579, note Ramu(H).

(٢) J.R.Devichi, la procreation artificielles, etat des questions, R.t.d.c., 1987, p457

(٣) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ص ٤٩٩.

-LOI N° 94-653 du 29 JUILLET 1994, relative au respect du corps humai – Jounal Officiel "Lois et Decrets" www.google.com (1)

في حالة التبرع بنطفة للزوجين أو الصديقين:

ثانياً: موقف القانون المصري تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق فى رحم زوجته بنطفة غيره :

لا نرى وجاهة فى أن نقول أن السبب فى عدم وجود أو غياب نصوص قانونية واضحة بخصوص حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق فى رحم زوجته بنطفة غيره سواء أكانت هذه النطفة مجهولة أو معروفة الهوية هو حداثة هذه التقنيات لمجال الإنجاب لأن هذه الممارسات وغيرها تتم منذ زمن بعيد، ولكن السبب يرجع إلى تقصير وتهاون وجمود المشرع المصري بالاستعداد فى التعامل مع تلك التقنيات التى تستدعى ممارستها معرفة الآثار الناتجة منها واقتضاره على حل المشاكل المتعلقة بإثبات أو نفي نسب العلاقات الزوجية المعتادة فى الوقت الذى سبقته الشريعة الإسلامية بقرون بوضع حلول نموذجية التى على هداها نبني اجتهادنا اليوم منها ونسى المشرع المصري اليوم أن جميع ما يستحدث من وسائل التقنيات الإنجابية فى الخارج هو من أفكار ونواتج ما خلفته لنا عصور ما قبل الإسلام. وعلى هدى ما قرره المشرع المصري فى حال سماع دعوى إنكار النسب إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين، وسنعرض لبعض هذه النصوص، حتى نهتدي منها برأى قاطع لحكم مسألة الزوج الذى يرغب فى إنكار نسب المولود من زوجته التى خصبت بنطفة الغير.

فيجب أن يصدر رضائهما فى شكل رسمي أمام قاضي المحكمة الابتدائية أو الموثق اللذان يعلمان الزوج أو الصديق الذى قبل تلقيح زوجته أو صديقه بنطفة متبرع بكافة الآثار القانونية والاجتماعية المترتبة على هذا القبول خاصة مسألة نسب الطفل لذا فإن القبول السابق لا ينتج أثره إلا إذا استمر إلى حين تمام التلقيح فإذا رجع الزوج أو الصديق عن الموافقة أو توفي أحدهما أو تم طلاق الزوجين فإن الموافقة السابقة لا ترتب أى آثار قانونية فى الحالات السابقة شريطة أن يحدث ما سبق ذكره قبل حصول التلقيح وأن يكون العدول عن الموافقة فى شكل كتابي موثق. وفى حالة التبرع ببويضة مؤنثة:

فإن الشارع الفرنسي أوجب صدور قرار من السلطة القضائية المختصة بالموافقة على قبول الزوجين أو الصديقين تلقيحها وزرعها فى رحم الزوجة أو الصديقة ولا تصدر الموافقة إلا بعد التيقن من دوافع وعلة الالتجاء لتلك الوسيلة وبحث اسبابها ودراسة آثارها على الزوجين والطفل ويأى مخاطرها للأطراف ومدى مسئوليتهم عنها. ولضمان أعمال القيود الشكلية السابق أفرد المشرع الفرنسي عقوبات جنائية تصل إلى الحبس سبع سنوات والغرامة التى تصل إلى ٧٠٠ ألف فرنك فرنسي لكل من يتلقى ببويضة مخصصة دون احترام الشروط القانونية السابقة.

- وبناء على ما تقدم قضى القانون (رقم ٢٥ ١٩٢٩ لسنة في المادة ١٥) بمنع القضاة من سماع دعوى النسب في حالة الإنكار إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين من حين العقد إلى الولادة. كما قضى بمنعهم من سماع مثل هذه الدعوى إذا أتت الزوجة بالولد بعد سنة من غيبة الزوج عنها. وبناء على ما تقرره القاعدة السابقة يتضح أن :-

كل حمل تحمله الزوجة يفترض أنه من زوجها لكونها مقصورة عليه، وهو ما جرى عليه قضاء النقض من أن النسب يثبت بالفراش الصحيح بين الزوجين^(١).

أن الولد يثبت نسبه لصاحب الفراش، بشرط (حال قيام الزوجية) يثبت النسب من الزوج إذا ولد الولد لسته أشهر أو أكثر من يوم العقد^(٢).
- كما جاء في (المادة ١٧ من القانون رقم "١" لسنة ٢٠٠٠) بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أنه :

في حالة الإنكار لا تقبل دعوى الزوجية في الوقائع اللاحقة علي (أول أغسطس سنة ١٩٣١) إلا إذا كانت الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية، ولكن استثناء من هذا الأصل فإن دعوى التطليق أو الفسخ دون غيرهما تكون مقبولة إذا كان الزواج ثابتاً بأية كتابة سواء كانت رسمية أو عرفية.

وفي هذه المادة أخذ المشرع بمجزاء عدم قبول الدعوى المقررة في قانون المرافعات، ولأول مرة في التشريع المصري يقرر القانون قبول دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما، بشرط أن يكون الزواج ثابتاً بأية كتابة، وفي بيان المحكمة من ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون (رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) قبول دعوى التطليق من الزواج العرفي، والمشرع يفتح بهذا الحكم المستحدث ثغرة للفرق بالزوجات اللاتي وقعن في مشكلة الزواج العرفي.

(١) الطعن رقم ٥٣/٧٤ ق الأحوال شخصية مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ قاعدة ١٣٨ ص ١٦٢ والطعن رقم ٤٤/٣٨ ق الأحوال شخصية مجموعة المكتب الفني السنة ٣١ ص ٧٤٦.

(٢) راجع الهداية، جـ ٣ ص ٣٠٨ - ٣٠٩. - المرجع السابق جـ ٢ ص ٦٣٣ جواهر الاكليل جـ ٢ ص ٢٧٨ حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٥٧ روضة الطالبين جـ ٨ ص ٢٣٠ المغني والشرح الكبير جـ ٧ ص ٣٤٥.

وجدير بالذكر أن الحكم بالتطليق في مثل هذه الحالات لا يترتب عليه سوى إنهاء رابطة الزواج العرفي، بما يحرر الزوجة منها ويفتح لها آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة، ولا يترتب علي ذلك الحكم بالتطليق ما يترتب من الآثار الأخرى للحكم بالتطليق في زواج رسمي موثق. كالنفقة والمتعة والميراث وغيرها، ولكن نرى أنها تفيد في إثبات النسب حماية للولد وصونا للعرض عملاً بما هو مقرر في الفقه الحنفي من أن النسب يحتمل لثبوته تحقيقاً لهذه الغاية.

والكتابة المشار إليها في هذا النص كشرط لقبول دعوى التطليق من زواج عرفي، يرى البعض ونحن نوافقهم الرأي أنه يجب أن تتضمن عناصر الزواج الصحيح من الأركان وشروط الانعقاد وشروط الصحة، بما يجعلها تبنى قيام زوجية حقيقية بين الطرفين، ولكن حجية هذه الكتابة قاصرة علي إنهاء هذه الزوجية غير الموثقة دون أن تتعدى ذلك إلي الآثار الأخرى التي تترتب علي التطليق بحكم القاضي^(١).

ولكن يستثنى من هذا الأصل دعوى النسب فأنها تكون مقبولة، ولو لم يكن الزوج ثابتاً بوثيقة رسمية علي نحو ما سلف، وذلك وفقاً لما استقر عليه القضاء من أن دعوى النسب متميزة عن دعوى إثبات الزوجية لذلك فإن إثباتها لا يخضع لما أورده المشرع من قيد علي سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها إذ لا تأثير لهذا المنع من السماع علي دعوى النسب التي مازالت باقية علي حكمها المقرر في الشريعة الإسلامية.

(١) ومن مقتضى هذه المادة أن الأصل في عقد الزواج يجب أن يكون ثابتاً بالكتابة أيا كانت صورتها رسمية أو عرفية وفي سبيل تحقيق ذلك فإن وزارة العدل أصدرت لائحة المأذونين بالنسبة للمسلمين من المصريين ولائحة الموثقين المنتدبين بالنسبة لغير المسلمين من المصريين والأجانب وحددت كل من اللائحتين الإجراءات الواجب اتباعها عند تحرير وتوثيق عقود الزواج المختلفة. ولما كان كل من المأذون والموثق المنتدب هما من الموظفين العاملين فإن ما يقوم به كلا منهما من إجراءات في شأن توثيق عقود الزواج وما يقوم بتحريره من أوراق له صفة الرسمية علي أساسها تكون القوة الملزمة لهذه العقود والآثار المترتبة عليها والحماية القانونية الواجبة لها. وأية أوراق أو مستندات تحرر خارج نطاق اختصاص المأذون أو الموثق المنتدب لا تزيد علي كونها من الأوراق العرفية التي تقتصر حجيتها علي أطرافها وليست لها ذات الحماية القانونية المقررة للأوراق الرسمية حتى في مجال الأحوال الشخصية لا يعتد بها الا في قبول دعوى التطليق أو الفسخ من زواج عرفي.

تقييم الباحثه:

بالقياس على التقنين الفرنسي والمصري وكذلك الشريعة الإسلامية بشأن حق الزوج في رفع دعوى إنكار النسب عند الشك فيه، يتضح لنا على الزوج الذي يرغب في إنكار نسب المولود من زوجته أن يسرع باتخاذ الإجراءات حيال ذلك لو توافرت الشروط القانونية لإنكار النسب في خلال المدة المقررة قانوناً، وهي تقريباً عقب الولادة بفترة زمنية قصيرة، هذا وقد اشترط التقنين الفرنسي أن الزوج إذا لم يبادر بإنكار الولد في الوقت المحدد تقريباً فإنه يلحقه نسبه، لا اعتبار سكوته إقراراً ضمناً بنسب الطفل إليه، ومن المعلوم أن الإقرار بالنسب لا يجوز الرجوع فيه سواء أكان الإقرار صريحاً أو ضمناً.

وجدير بالذكر أعطى القانونان المصري والفرنسي للطفل مكنة الأنساب للزوج بناء على قرينة الأبوة الناتجة المالكه لفراش الزوجية بغض النظر عن قيام علاقة بيولوجية بينهما من عدمه، ونرى أن منحهم لهذا الحق ليس إعلاء لقيمة الإرادة الفردية للزوج أو لعدم اعتبار الحقيقة البيولوجية لثبوت الأنساب طبقاً لما قرره رسول الله ﷺ في قاعدة النسب لفراش الزوجية، بل أن الحكمة من هذا التشريع هو منح الطفل الاستقرار العائلي وفي المقابل أعطى للزوج مكنة الرجوع أو إنكار النسب ولكن ليس على إطلاقه بل قيده بوقت، والعلة في ذلك هي الحفاظ على مستقبل الطفل من الضياع بعد استقرار الحالة المدنية له وانطلاقاً مما سردناه :

نرى من جانبنا بداية أنه إذا أقرت صاحبة الرحم المستأجر المولود وكانت ذات زوج وأقره وكان إقراره مقترناً بالشروط الشرعية له، يحق لهما نسب المولود وهذا تطبيقاً لقاعدة الولد للفراش بالإضافة إلى أن النسب من جانب المرأة يثبت بواقعة الولادة ولا مرد لها، ويكون زوجها والد للطفل هذا إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر امرأة متزوجة.

وفي هذه الحالة لا يحق للأبوين البيولوجيين رفع دعوى إنكار النسب على الحمل. الرحم المستأجر لعدم ثبوت نسب الطفل إليهم، ولكن ينسب الولد لصاحب النطفة الذكرية في حالتين - الأولى إذا كانت المرأة منفردة والثانية في حالة عدم إقرار زوج صاحبة المستأجر بنسب الطفل عندئذ ينسب المولود إلى

اعتبر قانون الأحوال الشخصية أدنى مدة الحمل فى الزواج الفاسد من وقت الدخول لا من وقت العقد فقد جاء فى (المادة ١٥٥ من القانون المصري) "يثبت نسب المولود فى الزواج الفاسد إذا ولدته لسته أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول الحقيقي، وليس للزوج نفية" والحكم بعدم إمكان نفى الولد فى الزواج الفاسد ولو باللعان جاز على مذهب أبى حنيفة. أما الأئمة الثلاثة فهم يرون جواز اللعان فى الزواج الفاسد لنفى الولد، وقولهم أقرب إلى المنطق؛ إذ من غير المفهوم أن يكون ولد الزوجة فى الزواج الفاسد أحسن حالاً منه فى الزواج الصحيح.

وجدير بالذكر أننا نرى أنه من الأفضل أن يتم الحمل لحساب الغير من خلال عقد زواج شرعي بين صاحبة الرحم والأب الجينى أو حتى عرفي، رغم عدم تأييدنا لهذا النوع من الزواج لما تترتب عليه من آثار سيئة، فكلاهما لا يمنع من ثبوت النسب رغم أن زواج صاحب النطف من صاحبة الرحم سيكون بالوصف السابق زواجا فاسداً، لأنه محدد المدة شريطة أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحبال مع تحقق الدخول بالمرأة، وإتيان الولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر من الدخول.

والأسانيد التي استندت عليها فى هذا الحكم:

هو التسليم بما ذهب إليه بعض العلماء إلى أن النسب يشترط فيه المشروعية أثناء أنزال المنى، ولا يشترط فيه المشروعية أثناء الإدخال فى المرأة^(١) صاحبة الرحم، وفي هذه الصورة التي نتكلم فيها كان إنزال المنى مشروعاً ومحترماً، لأنه كان بين رجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية صحيحة، فالبيضة من المرأة ملقحة من زوجها وليس من المحرمات تلقيح البيضة من الزوج، وإنما عدم المشروعية فى تأجير الأرحام إنما كان فى الإدخال فأن البيضة الملقحة من زوجين

(١) قال الرملي فى مجال كلامه عن أم الولد: وهى الجارية التي جامعها سيدها فحملت وولدت. قال: (لو استدخلت) يعنى الجارية منى سيدها المحترم بعد موته فأنها لا تصير أم ولد لأنقضاء ملكه لها حال علوقها وأن ثبت نسب الولد وما بعده وورث منه لكون المنى محترماً ولا يعتبر كونه محترماً حال استدخالها خلافاً لبعضهم فقد صرح بعضهم بأنه لو أنزل فى زوجته فساحقت بنته فحملت منه لحقه الولد وكذا لو مسح ذكره بحجر بعد أنزاله فى زوجته فاستجمرت به أجنبية فحملت. نهاية المحتاج ٢٤١/٨..

لا يجوز شرعاً إدخالها في رحم امرأة أخرى ولا يشترط في ثبوت النسب كما يرى بعض العلماء المشروعية أثناء الإدخال^(١).

وبالتالي ينسب الطفل إلى صاحب النطفة الذكريه ولأمه بالرحم التي حملته وولده الأم البيولوجية، ولكن مع توافر الشروط السابق ذكرها بشأن ثبوت النسب وتأكيداً لرأينا ما ذهب اليه القضاء المصري، وهو قاعدة الولد للفراش يراد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء الحمل لا عند حصول الولادة.

وجدير بالذكر لا يمكن قياس عملية تأجير الرحم على النكاح الباطل، لأن الوطء فيه زني، هذا بخلاف حمل صاحبة الرحم المستأجر لنطف غيرها صناعياً، فلا يعد هذا زناً، وذلك للأسباب التي سبق ذكرها في مشروعية تأجير الأرحام وبالتالي يثبت من تأجير الأرحام النسب بخلاف ما يثبته النكاح الباطل. أما بالنسبة لإثبات صفة المولود فيشترط قيام البينة عليه، ويكفى في ذلك شهادة المرأة الواحدة عند الجميع^(٢). ولكن هذا فيما يخص الأحوال العادية أما بالنسبة للحالة موضوع بحثنا فهل ينبغي أن يستغنى عن شهادة الشهود بالعقد المبرم بين أطراف العلاقة؟ أم يفترض أن يوثق باعتباره أنه عندما يمتلك الشخص عقاراً أو أرضاً؟ فإنه يسعى أن يوثقه حفاظاً على حقه فما بالك بشخص يود أن يمتلك إنساناً؟!

فالمراجع لدينا أنه ينبغي أن يتم تسجيل المولود بعد الميلاد في المستشفى التي ولد فيها ويدون في البيانات وصف كل فرد من أفراد علاقة الرحم المستأجر بصفته وباسمه على أن يؤجل تسجيل الشهادة في مكتب السجلات الخاص بالمواليد لمدة شهر، وهذا حتى يتضح شعور ورغبة الأم بالرحم عن جدية اتخاذ قرارها بشأن التنازل عن مولودها للام الجنية والأب الجيني لعلها تراجع نفسها وتعيد النظر في تسليمه لأننا نرى أن مجرد واقعة الولادة في حد ذاتها هي إقرار ضمني من الأم بأمومة الطفل وهذا اكبر من أى توثيق أو كتابة هذا توثيق رباني

(١) استتجار الأرحام ص ٢١ لأستاذنا الدكتور محمد رأفت عثمان.

(٢) الزيلعي، ج ٣ ص ٤٣.

من الخالق على أن المولود ابن الرحم الذى حمله لأتنا نؤمن بأن هناك أسرار تدور فى الرحم بين الجنين والرحم لا يعرفها الا الخالق _ عز وجل _ هذا العلم مقتصر فقط عليه _ جل شأنه _ والدليل على ذلك نفخ الروح داخل الرحم.

وفى خلال المدة التى ذكرناها يحق لمن تتوافر لديه أسباب نفى نسب المولود منه أن يقيم الدعوى، وجدير بالذكر أنه ليس فى الشريعة الإسلامية مدة محدودة لنفى النسب، وقد قرر بعض الفقهاء أن المدة التى يجوز فيها نفى النسب هى سبعة أيام من الولادة، وقرر البعض الآخر أنها أربعون يوماً، وقرر آخرون أنها مدة التهنئة بالمولود، ويرى البعض أنه يجب نفى النسب فى مدة معقولة تخضع لتقدير القاضي، يقدرها فى كل حالة بحسب الظروف والملابسات.

اما بالنسبة حالة وطء امرأة ذات زوج بشبهة فى طهر لم يصبها فيه زوجها فاعتزلها بعد الوطء بالشبهة حتى أتت بولد لسته اشهر من حين الوطء بالشبهة لحق الواطئ، وتأكيذا لذلك إذا اشترك فى وطء امرأة اثنان يثبت النسب بأن يكون بنكاح أو شبهة فولدت ولدا يمكن أن يكون من كل منهما، فإنه يعرض علي القائف وأن لم يدعه أحدهما لتعذر إلحاقة بهما ونفيه عنهما، فمن باب أولى ثبوت نسب الطفل من تأجير الأرحام، لأنه عند موافقة زوج صاحبة الرحم المستأجر بعدم إقرار الطفل فما الداعي لعدم نسب الولد للأب البيولوجي عند إقراره به فيحق للطفل الانتساب اليه.

تعليق الباحث:

الصورة أو الحالة التى سردها لنا الفقه الشافعي^(١) مع بدأ الحكم لها ما هى إلا عبارة عن تأجير الرحم التقليدي كما صنفه الفقه المناصر له كالفقه الفرنسي أو الأمريكى... أى أنها كانت موجودة منذ عهد الشافعية _ رحمهم الله _ وقبلهم وعلى هذا نبني " إذا استدخلت امرأة أجنبية منى رجل فحملت منه دون أن يعلم يلحق الولد للرجل لكون مائة حلال الأنزال محترماً، وبالقياص على حكم نسب الولد من تأجير الأرحام يتضح أنه ينسب الطفل إلى صاحبة الرحم

(١) أما جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الفراش فى الزوجية إنما يثبت بالعقد بشرط إمكان الدخول، فلو تزوج امرأة وطلقها فى مجلس العقد ثم أتت بولد لسته أشهر فأكثر لم يثبت نسبه منه.

وزوجها وإن أتت به عن مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج ينسب الولد إلى صاحب المنى المستدخل.

بعد هذا العرض نتأكد من أن فى مسألة النسب العبرة باحترام المائين وقت أنزلة أى ببساطة، إلا يكون المائين من علاقة زنا أى يكون الماء محترم وكما قال الشافعية على الأقل من الرجل، ولا يشترط شكل الوطء لإلحاق النسب بالأب سواء أكان الأب الجينى أو صاحب الفراش ليس يعنى هذا تجزئة لنسب بينهم أو توزيعه عليهم، لأن النسب، كما ذكرنا ليجوز تجزئته ولكن إذا أنكر صاحب الفراش (زوج الأم بالرحم) استلامه أو إذا جاء عن مدة أقل من ستة أشهر من تاريخ زواج صاحبة الرحم المستأجر، فحفاظا على مصلحة الطفل ينسب للأب الجينى أى لأحدهما وبهذا يتوافر مبدأ وحدة النسب. وخلاصة القول:

ينسب الطفل الناتج من رحم المرأة المستأجرة إلى الأب الجينى بشرط ألا يكون أقره زوج صاحبة الرحم عن نسبه ثم تراجع باعتباره صاحب الفراش، لأنه فى هذه الحالة لن يكون نسباً بل سيصبح تبنيًا.

ورغم إلغاء نظام الرق والجواري والعبيد والمديرة وملك القنة فى العصر الحالى إلا أنه بوجود ظاهرة مثل ظاهرة تأجير الأرحام، تجدد عصر الجواري أى الاتصال بالمرأة بناء على ملك اليمين وتسخير النساء وامتلاكهن وجعلهن من ضمن الممتلكات ودورهن هو تقديم المتعة لمالكهن بل وأحيانا يصل الأمر إلى تقديمهن هدايا ومجاملات إلى أصدقائهم الأمر الذى جعلنا نقوم بعقد مقارنة بين نظام مؤجرات الأرحام، ونظام السبايا والجواري من خلال عرضنا لنظام الاستيلاد^(١)، وهو السبب الثانى الذى يترتب عليه الفراش ويقوم عليه النسب دون الإسهاب والإطالة فى الحديث عنه، وذلك للاستفادة من احكام ثبوت نسب

(١) الاستيلاد فى اللغة :- هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس أنه طلب الهبة والأنس / يقال فلان استولد جاريته أى صيرها أم ولده / "وأن لم يكن استبان شئ من خلقه فألقت مضغة أو علقه أو نطفة فادعاه المولى فأنها لا تصير أم ولد فيشترط فيه أن يثبت النسب شرعا وهو الفراش، ولا فراش إلا بملك اليمين أو شبهه أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته - ١ البدائع ج٤ ص ١٢٣

الطفل المولود من الأمة على المولود من مؤجرة الرحم. وفي العرف: تصيير الجارية أم ولد^(١).

يرى المالكية أن الأمة لا تصير فراشا وأم ولد إلا أن أقر السيد بوطئها، ووجد الولد مع إقراره فلا يحتاج إلى إثبات الولادة " لا أن أنكر الوطء فلا تثبت الأمومة ولا يلزمه يمين - ما لم تقم بينة علي إقراره بالوطء - أو استبرأها بحيضة وقال لم أطأ بعد الاستبراء وولدت له لسته أشهر فأكثر من يوم الاستبراء.

ويستوي في الاستيلاد ملك القنة^(٢) والمديرة لاستوائهما في إثبات النسب إلا أن المديرة إذا صارت أم ولد بطل التدبير، لأن أمية الولد أنفع لها ألا ترى أن أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمديرة تسعى.

"ويستوي في ثبات النسب ملك الجارية وبعضها، وكذا في الاستيلاد حتى لو أن الجارية بين اثنين علقت في ملكهما، فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان، وهو نصف قيمة الجارية ويستوي في هذا الضمان اليسار

هل هذا سيقودنا قياسا إلى أحقية طلب الزوج في رفع دعوى يطلب فيها رد نصف قيمة المهر الذي دفعه لزوجته عند علمه بحمل زوجته لنطف الغير بتأجير رحمها؟ مدعيا أن شخصا آخر شاركه منفعة في رحم زوجته...؟ لأنه الراجح لدينا أن هذه العملية ما هي إلا عملية استيلاد^(٣) الذي يتحقق بالعلوق أي بمجرد الحمل سواء أكان وطء أم لا بشرط ألا يحدث سقط وتصبح دون ولد، وكذلك الحمل يابجار الرحم هو علوق للنطفة الأمشاج دون وطء وبالتالي يثبت نسب الولد في تأجير الأرحام كما يثبت في الاستيلاد.

(١) يستوي في صيرورة الجارية أم ولد الولد الحي والولد الميت لأن الميت ولد بدليل أنه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة به نفساء وكذا لو اسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحي الكامل في الخلق في تصيير الجارية أم ولد لأن أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط.

(٢) هي الأمة التي ليست لها شائبة حرية من تدبير أو غيره

(٣) رأى الشيعة الإمامية

والإعسار ويغرم نصف العقر^(١) لشريكة ولا يضمن من قيمة الولد شيئا. أما ثبوت النسب فلحصول الوطء في محل له فيه ملك، لأن ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزأ

"ولما استوى في هذا الضمان حالة اليسار والإعسار لأنه ضمان ملك كضمان المبيع. وأما وجوب نصف العقر فلوجود الإقرار منه بوطء ملك الغير وأنه حرام إلا أن الحد لم يجب لمكان شبهة، وهي حصول الوطء في ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر.

"ولا يدخل العقر في ضمان القيمة، لأن ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الجزء ولأن منافع البضع لها حكم الأجزاء وضمان الجزء لا يدخل في مثله.

"وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد، فلأنه يملك نصيب في شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جاريا علي ملكه فلا يكون مضمونا عليه، ولأن الولد في حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان، ولأنه كان بمنزلة الأوصاف فلا يفرد بالضمان.

وأي الباحثة :

وانطلاقاً مما سبق وما عرضناه من أراء الأمة عن نسب المولود من الاستيلاء تبين أنه يمكن الاستفادة إزاء نسب المولود من تأجير الأرحام وهذا على النحو التالي

بداية لو دققنا النظر في المقصود من الاستيلاء لوجدنا أوجه شبه بين النظامين من حيث تسخير طاقات المرأة لحساب غيرها فالاستيلاء في العرف: تصيير الجارية أم ولد^(٢).

نرى أن دور كل من الجارية ومؤجرة الرحم متشابهان، وكلاهما يخضعان تحت سيطرة الرجل، والفرق الوحيد أن مؤجرة الرحم تخضع تحت سيطرة الزوج صاحب النطفة الذكرية بخاظرها وأرادتها لمدة زمنية معينة مقابل المال على

(١) هو الاعتداء على الجارية التي ليست خالصة له من الملك

(٢) البدائع ج٤ ص ١٢٣

العكس من الأمه أو الجارية فهي تحت سيطرة سيدها حتى يقرر بيعها أو الاستغناء عنها دون إرادتها، ونرى أن هناك أوجه شبه أخرى وهي أن الولد الذي ينشأ من تلك العلاقات سواء أكان من الاستيلاد أو بتأجير الرحم ينسب إلى صاحب النطفة في حالة رفض إقرار زوج المرأة المستأجرة بنسب الولد باعتبار أن صاحبة الرحم فراشا له^١ وبالطبع إلى المرأة التي حملته وولده

- إذا طبقنا رأي المالكية وهو أن الأمة لا تصير فراشا وأم ولد إلا أن أقر السيد بوطئها مع وجود الولد فلا يحتاج إلى إثبات الولادة، ويثبت النسب، حتى لو أن الجارية بين اثنين علقت في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه^(١).... فلحصول الوطء في محل له فيه ملك، لأن ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزأ فسوف نستخلص حقيقة هامة جدا تفيدنا في موضوعنا، وهي أن النسب لا يتجزأ فمن يدعى أن الولد سينسب إلى والدتين الأم بالرحم والأم البيولوجية فهذا رأي غير وجيه لعدم قابلية النسب إلى التجزئة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى هل يمكن قياس رأي المالكية في شأن عدم تصيير الأمه فراشا وأم ولد إلا أن أقر السيد بوطئها ووجد الولد فلا يحتاج إلى إثبات الولادة على ضرورة إقرار الأب البيولوجي للولد في حالة مؤجرة الرحم المتزوجة أي أنه هل تحتاج الأم بالرحم إلى إثبات الولادة؟ أم يكفي إقرار الأب البيولوجي بنسب المولود أو إبرامه لعقد تأجير رحمها قبل البدء في الإجراءات كقرينه على موافقته لنسب المولود إليه قبل ولادته.

ونرى أنه بإمكاننا الاستفادة من حكم الشيعة الإمامية حيث يرون أن الاستيلاد الذي يحقق النسب يتحقق بالعلوق سواء أكان وطء أم لا، أي أنه يثبت النسب بمجرد علوق النطفة حتى لو كان بمسحة من نطفته داخل أمتة دون الوطء كمؤجرة الأرحام تماما فهي تزرع نطفة الغريب داخل رحمها حتى تعلق به وبالتالي يثبت النسب بمجرد إقراره الاستيلاد تماما.

بالنسبة لمدة حمل صاحبة الرحم المستأجرة:

هل مدة التخصيب المعلى تحسب من ضمن المدة التي أقرها الشرع والقانون للحمل

والتي يثبتها النسب في الأبناء المولودين من تأجير الأرحام؟

(١) بلغة السالك ج ٢ ص ٤٥٨ ، المونه ج ٨ ص ٢٣

يرجع السبب في تقدير المدة الزمنية لثبوت الحمل إلى ما أستنبطه بعض فقهاء الصحابة من قوله تعالى في [وَفَصَالُهُ فِي عَامَيْنِ] ^(١) ومن قوله جل ذكره في [وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا] ^(٢) ولكي يثبت نسب ولد من رجل بعينه، يجب أن يثبت إمكان أن أمه حملت به قبل وقوع الفرقة بينهما مثلاً، ولهذا يكون من الضروري بحث أدنى مدة الحمل وأقصاها.

^(٣) أجمع الفقهاء على إعتبار أدنى مدة الحمل ستة أشهر، وأما أقصى هذه المدة فلم يرد في القرآن والسنة الصحيحة المتفق عليها من الفقهاء جميعاً ما يدل عليها، ولهذا نراهم يختلفون فيها، فيقدرها الظاهرية بتسعة أشهر، ويقدرها الأحناف بستين، والشافعي ومالك بأربع سنوات. والكل من أصحاب هذه الآراء مجتهد في رأيه، ومعتمد على ما صح عنده من أقوال بعض الصحابة والتابعين ^(٤).

وهذه مسألة لا يمكن القطع فيها برأى صحيح إلا بالاستقراء، وهو أمر غير ممكن، ولذلك كان من الخير اللجوء إلى الأطباء الشرعيين - وهم أهل الذكر في هذه الناحية - فقررُوا بناء على بحوثهم واستقراءاتهم أن أقصى مدة

(١) سورة لقمان

(٢) سورة الأحقاف

(٣) المبسوط، ج ٦ ص ٤٤، السنن الكبرى للبيهقي، ج ٧ ص ٤٤٢. - وفي هذا روى أن رجلاً تزوج امرأة فولدت ولداً لستة أشهر، فهم عثمان رضي الله عنه أن يرحمها، فقال ابن عباس رضي الله عنه "أما أنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم، قال الله تعالى "وحمله وفصاله ثلاثون شهراً"، وقال ع وجل "وفصاله في عامين" فإذا ذهب للفصال (وهو الفطام من الرضاع) عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر. فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد عنها، وأثبت النسب من الزوج)، وهكذا روى عن علي رضي الله عنه.

(٤) راجع في هذه الآثار والآراء: السنن الكبرى ج ٧ ص ٤٤٣ وفيه أن رجلاً قال لمالك بن أنس. أني حدثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت لا تزيد المرأة في حملها قدر ظل المغزل فقال: سبحان الله من يقول هذا.. هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في القتي عشرة سنة تحمل كل بطن أربع سنين.

وراجع في كتب الفقه: المبسوط ج ٦ ص ٤٤ - ٤٥، البدائع ج ٣ ص ٢١١، الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣١٠، نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٣٠، المحلى ج ١٠ ص ٣١٦ - ٣١٧.

يمكن أن يمكثها الحمل فى بطن أمه (سنة كاملة عدد أيامها ٢٦٥ يوماً) فأخذت بذلك ولكن مشكلة الإنجاب الصناعى عامة وتأجير الأرحام خاصة تبدأ فى أن تجزئة مدة الحمل إلى فترتين الأولى منهما يجسدها وجود فترة زمنية لاستخلاص نطفتي الزوجين ثم إحداث التلقيح الصناعى بينهما ثم تجميع النطفة الأمشاج إلى أن يحين الوقت المناسب من الناحية الطبية لزرعها فى بطانة رحم المرأة المستأجرة والثانية منها تبدأ بعد علوق النطفة الأمشاج ثم تطورها الجنيني الطبيعي حتى تصل إلى مرحلة الجنين المتكامل فى التركيب.

وفى الزمن الذى يقع بين التلقيح الخارجى والزرع فى رحم المرأة المستأجرة قد يحدث ما لا يمكن توقعه من مفاجآت، تفسح المجال للوقت بأن يزيد عن المعدل الطبيعى للحمل الطبيعى، كوضع النطف فى بنك أو حضانات خاصة به عند الفشل فى التخصيب مرة تلو الأخرى، حتى الحصول على نجاح التخصيب الراجع من جانبنا أن المدة العملية أى من لحظة التخصيب المعملى للنطف وظهورها فى صورة نطفة أمشاج ليست محسوبة ضمن المدة القانونية التى أقرها أهل الطب لاحتساب وثبوت نسب المولود من الأبوين طالت أو قصرت.

ولهذا جاء فى المادة (١٥) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه لا تسمع دعوى أنكار النسب لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة. وعلى هذا سارت المحاكم الشرعية من يوم صدور هذا القانون وهو الجارى عليه العمل حتى اليوم^(١).

(١) وهذا هو المعمول به فى السودان، فقد صدر منشور شرعى رقم ٤١ من محكمة عموم السودان الشرعية فى مارس سنة ١٩٣٥، وجاء فى المادة الثامنة منه: "لا تسمع عند الأنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد. ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق والوفاة". والمراد بالسنة هى التى عدد أيامها (٣٦٥) يوماً

المطلب الثاني طرق ثبوت نسب^(١) ابن الرحم

تهيئ:

إن أول ما يثبت للمولود من حقوق هو ثبوت النسب، فالحياة تبدأ منذ لحظة الميلاد يعقبها ثبوت النسب. فالخروج إلى الدنيا بغير نسب ينتمي الإنسان إليه أو فرع مبنى على الأصل يصبح وكأن الإنسان لم يكن، وعليه فقد أسس القانون الوضعي قواعد وأحكام لثبوت النسب "مثل" قاعدة الولد للفراش" فهي الأساس الذي بنى عليه ثبوت النسب في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، وسنتناول قواعد ثبوت النسب في جهة الأب، ثم نتبعها بقواعد ثبوت النسب جهة الأم ويحسن قبل بيان الطرق التي يثبت فيها النسب في عملية الإنجاب بتأجير الأرحام والصور التي لا يثبت فيها النسب أن أشير إلى أن النسب يثبت في القانون الوضعي والفقه الإسلامي بأدلة أهمها الفراش، والإقرار، والبيئة والقافة، والقرعة، ثبوت النسب بدعوى الحسبة^(٢)، وهذه الأدلة تناولها

(١) يثبت النسب من عدة أسباب التي يعد منها عقد الزواج الصحيح وعقد الزواج الفاسد - عقد الزواج الباطل - الاستيلاء - استدخال النطف الذكورية - الوطء بشبهة الفراش - إثبات الولادة.

(٢) نص الحنفية والشافعية في مقابل الصحيح علي أن الشهادة علي النسب لا تقبل من غير دعوى / البدائع ج٤ ص ١١١ المحلي ج٤ ص ٣٢٢، ٣٢٣ أسني المطالب ج٤ ص ٣٦٧ الجمل ج٥ ص ٣٨٦

لأن النسب حق لأدمي وحقه لا تقبل فيه شهادة الحسبة المحلي ج٢ ص ٣٢٢، ٣٢٣ أسني المطالب ج٤ ص ٣٦٧ الجمل ج٥ ص ٣٨٦ وقال أبو حنيفة:

إذا كان صغيراً فإنه لا تقبل ما لم ينصب القاضي خصماً عن الصغير ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعاً نظراً للصغير العاجز عن إحياء حق نفسه والقاضي نصب ناظر للمسلمين وكان ذلك شهادة علي خصم البدائع ج٤ ص ١١١

أما الشهادة علي نسب صبي صغير من رجل وأنكر الرجل فإنها تقبل من غير دعوى البدائع ج٤ ص ١١٠

وذهب الشافعية في الصحيح عندهم إلى أنه تقبل شهادة الحسبة في النسب لأن وصلة حقاً لله تعالى والراجح لدينا هو ما ذهب إليه الشافعية في الصحيح من قبول شهادة الحسبة في إثبات النسب صيانة للولد من الضياع فهو حق للام وحق للطفل ولا يجوز للام التنازل عنه كما أن في إثبات النسب حقاً لله تعالى.

باستفاضة فقهاء القانون والفقهاء الأوائل والباحثون من أهل الطب المعاصرون، ولذا يكتفي بالرجوع إليهم وهذا لعدم الإطالة، وهناك دليل آخر نتيجة التطور البيولوجي والتقنيات الطبية الحديثة، وهو البصمة الوراثية، أي المعيار البيولوجي مما يقتضى التعرض له بشئ من الإيجاز المناسب لطبيعة الموضوع وذلك على التوالي من خلال استقراء النصوص القانونية الوضعية في مصر وفرنسا وغيرها من التشريعات العربية والأوروبية، نجد أن مشرعي هذه الدول وفي مجال ثبوت النسب جهة الأب قد اتجهوا إلى إعمال المعيار الجيني كأساس لثبوت النسب مضافاً إليه المعيار الإرادي لثبوته وسوف نتناول كلا من طرق ثبوت النسب في نقط مستقلة، وعلى التوالي:

أولاً- في حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة فيكون صاحب فراشها هو زوجها:
بناء على ما رواه الجماعة، إلا أبا داود، عن أبي هريرة أن الرسول - قال "الولد للفراش وللعاهر الحجر". وفي لفظ البخاري: "الولد لصاحب الفراش"^(١).

وتطبيقاً لذلك سيكون هناك فراشان وسينسب الولد لصاحبة الرحم المستأجر وسيستفيد من قرينة النسب للفراش^(٢)، فينسب لزوج صاحبة الرحم المستأجر التي لقحت بنطفة أمشاج الابوين البيولوجيين ويدعم ثبوت النسب ناحية هذا الزوج هنا ولادة زوجته لذلك الطفل، فتكتمل بذلك الشروط القانونية لثبوت النسب جهة الأب. وهذا الحكم يسري في القانون المصري والفرنسي.
ولن ينسب الطفل إلى فراش الأب الجيني أي الذي تكون الطفل من صلبه ولكن لزوج صاحبة الرحم المستأجر أن ينكر هذه البنوة فيثبت أن هذا الولد

(١) الفراش في اللغة: من فرشت البساط من باب قتل وجمعه مثل كتاب وكتب وقوله ﷺ (الولد للفراش) أي للزوج فإن كل واحد من الزوجين يسمي فراشاً للآخر كما سمي كل واحد منهما لباساً للآخر وافترشه وطئه فالفراش في اللغة هو الوطء.
- نيل الأوطار للشوكاني في ج ٦ ص ٢٧٩، العاهر هو الزأني وله الحجر، أي يبوء بالخنية، كما يقول العرب بفيه التراب، يريدون ليس له إلا الخنية، وقيل معناه أن له عقوبة الرجم بشروطها المقررة شرعاً - وفي الاصطلاح الشرعي: - تستعمل كلمة الفراش بمعنى الوطء أيضاً كما تستعمل بمعنى كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد^(١) وقد فسر الكرخي بالعقد.

(٢) د/ محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

ليس من مائه عن طريق استخدام مستحثة البصمة الوراثية. فليس هناك ما يجبر ذلك الزوج أو يأوي ولدًا ليس من مائه. وكما سبق أن ذكرنا أن قرينة النسب للفراش هي قرينة ليست قاطعة، فإن استطاع الزوج أن يثبت عكسها - بالشفرة الوراثية - فلا يلزمه نسب هذا الطفل.

ونظرًا لصعوبة إثبات النسب من الناحية العلمية، يأخذ القانون بالقرائن، وأهمها قرينة الولد للفراش، ومقتضاها أن الطفل الذي يولد علي فراش الزوجية، أي إذا كان الحمل قد تم أثناء الزوجية، فإنه ينسب للزوج، هذا بشرط ألا تقوم هناك ظروف لا يتصور فيها إمكان حمل الأم من الأب، لأن هذه قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس ولكن بأدلة قاطعة^(١).

ونرى أن نسب الطفل الناتج من عقد تأجير الأرحام يكون اقرب الشبه من العلاقة بين الأمه وسيدها وذلك لتشابه فراش الأمة بفراش بصراش صاحبة الرحم المستأجر.

ويفهم ذلك من خلال المفهوم الشرعى للفراش أى الناتج من قيام علاقة زوجية بين الأم والأب، بصرف النظر عما إذا كان العقد المبرم بين الزوجين صحيحا أو فاسدا فيثبت من كلاهما النسب بمجرد أن يتم واقعة الميلاد على فراش الزوجية وذلك يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، هذا وقد أوجب القانون التبليغ عن المواليد خلال ١٥ يوما من تاريخ الولادة إلى مكتب السجل المدنى. ويشتمل التبليغ على زمان ومكان الولادة، وكذلك بيانات الأبوين ويتم ذلك من خلال السجلات مرفقا بصورة من القيد فى سجل المواليد، وإن لم يوجد هذا الدليل أمكن إثبات ذلك بكافة الطرق.

وجدير بالذكر نرى أن المدة التى صرح بها القانون لتسجيل الطفل وهى ١٥ يوما من تاريخ الولادة هى نفس المدة التى منحها المشرع الأمريكى لصاحبة الرحم المستأجر؛ لكى تعيد النظر فى التفكير قبل الإقدام على تسليم المولود إلى الأبوين الجينين بموجب الاتفاق المبرم بينهم.

(١) الأستاذ الدكتور / محمد حسين منصور - كتاب احكام الاسرة المطبقة على المسيحيين - ص (٣٢٩).

وعليه نرى من جانبنا أن الاعتماد على قاعدة الفراش كقرينة لاثبات النسب المولود غير كافية وليست قاطعة فى عملية تأجير الأرحام وهذا لتعدد صاحب فراش (فراش الأبوين البيولوجيين وفراش صاحبة الرحم المستأجر وزوجها) كما سبق وأن بيناه سلفاً.

ثانياً: من ناحية ثبوت النسب لهذا الجنين إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر ليست ذات زوج فهل النسب يثبت إلى صاحب النطفة الذكرية وما هو مركز صاحبة البويضات؟

لا شك من أن نسب المولود ثابت في حق أمه الغير متزوجة ويلحق بها، لكن هل يعتبر الطفل الناتج من ذلك التلقيح والمولود من رحم الأم المستضيفة بمثابة ولد غير شرعي؟

نرى في هذا الغرض أن المولود الناتج من التلقيح بواسطة الزوجين في رحم أم مستضيفة يعد بمثابة ولد شرعي، وذلك لاحترام المائين ولقيام الفراش في حق كل من الأم بالرحم وزوجها وذلك في حالة إقرار الأخير به

وفى حالة إذا كانت صاحبة الرحم منفردة أى غير متزوجة سينسب الولد إلى فراش الأب الجينى لوجود فراش واحد مع تحفظنا على أن يكون نسب الطفل يجب أن يكون للام التى ولدته فى الحالتين السابقتين، ولكن على الرغم من ذلك نرى أننا سنقع أيضاً فى دائرة الحيرة فى حالة المرأة المنفردة سيكون نسب الولد إلى الأب البيولوجي كما ذكرنا ولكن أم الولد ليست زوجة الأب البيولوجي، أى أنه لا علاقة بين أم الولد ووالدة وإلا فكيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الأب البيولوجي للطفل ولم يبن بها أوحى يعقد عليها وهل يعد فقهاء القانون والشرع المرأة فراشا دون البناء بها؟

يرى القانون المصري أنه يشترط لثبوت نسب المولود لأبوين الدخول المحقق أو التلاقي بين الزوجين وهذا غير محقق بين صاحبة الرحم وصاحب النطفة الذكرية، وبالتالي لن تصير المرأة صاحبة الرحم فراشا له (للأب الجينى).

ومن هذا يتبين أن قاعدة الولد للفراش لا يجب أن تؤخذ على إطلاقها بل لابد من اشتراط أن تكون صاحبة الرحم المستأجر منفردة ولسيت ذات زوج، حتى يصبح هناك فراش واحد وهو فراش الأبوين البيولوجيين وعلى الرغم من ذلك سينسب الولد إلى الأب البيولوجي وخلاصة القول لا يوجد مانع من نسب

الطفل المولود بالطريقة التقليدية لتأجير الأرحام لتوافر الفراش واحترام المائتين عند الإنزال حتى فى طريقة تأجير الرحم التقليدي (التبرع أو تأجير رحم وبيضة امرأة غريبة) التى اتبعها الغرب وقد سبق وأن نوهنا عنها. ينسب أيضاً المولود إلى صاحب الفراش وذلك لأنه يكفى احترام ماء الرجل.

يعد الإقرار^(١) هو المسلك الطبيعي الثانى لثبوت النسب فى العلاقة الإنجابية الطبيعية بين الأزواج يثبت نسب الأولاد بطرق الإثبات المذكورة التى منها إقرار الزوج كطرف أول فى العلاقة المكونه من اثنين، بالنسبة الأم مجرد ميلاد الطفل يعتبر هذا بمثابة إقرار منها ببنوة هذا المولود.

ولكن فى عملية إيجار الرحم هناك عدة أطراف يتعلق بهم الإقرار على حسب وضع كل منهم وهذا على النحو التالى بالنسبة إلى الأب البيولوجي والأب بالفراش .

القاعدة أنه يثبت النسب بناء على قاعدة الولد للفراش أو بإقرار الأب أن هذا الولد ابنه.

وتطبيقاً على ما سبق ماذا يحدث لو تراجعَت الأم بالرحم عن اتفاقها بخصوص تسليم المولود واحتفظت به مستنده على قاعدة ثبوت المولود بالميلاد فى الوقت الذى اقر فيه زوجها بنسب وبنوة الطفل مستنداً على قاعدة الولد للفراش وبعد ذلك أنكر زوج الأم بالرحم نسب الطفل اليه؟

والراجح لدينا أن الزوج لا يستطيع إنكار النسب إذا صدر منه إقرار صريح أو ضمني بالبنوة عقب الولادة كما لو كان علي علم بحمل زوجته لحساب الغير وسكت حتى إبلاغه عن الولادة. أو لو وقع على العقد المبرم بين أطراف إيجار الرحم اعتبر هذا قرار منه بالنسب ولا يقبل منه النفي بعد ذلك وخاصة بعد مرور المدة القانونية المسموح بها للزوج برفع دعوى أنكار أو نفي النسب وقد تقرر ذات الحق للزوج وذلك عن المدة التى حددها القانون خلال سبعة أيام من حصولها إذا كان حاضراً أو من وقت العلم بها فى حالة غيابه شريطة أن لا يكون قد صدر منه ما يدل على الاعتراف الصريح أو الضمني

(١) ومعناه إخبار الرجل القرابة بينه وبين آخر

بالوليد^(١). وكذلك بموجب (نصر المادة ٣١٦ مدني فرنسي) للزوج أن ينكر نسب الطفل خلال عشرة أشهر من تاريخ حصول الولادة إذا علم بها الزوج أو من تاريخ اكتشاف الغش الذي أخفي علي الزوج بإخفاء واقعة الولادة عنه. ولم يقصر المشرع الفرنسي حق أنكار النسب علي الزوج فحسب، وإنما منحه لكل ذي مصلحة كالزوجة والورثة للزوج أن يثبت عكسها وذلك من خلال أن يسلك الوسائل الشرعية لنفي النسب، وهو ما يسمى بالللعان^(٢).

ثالثاً: شروط ثبوت صحة نسب الوليد من الرحم البديل:

- ١- أن يكون الولد المقر له بالنسب مجهول النسب^(٣)، لأنه إن كان نسبه ثابتاً لأب معروف، فأنا نكون بصدد تبني لا نسب. بمعنى آخر لو أقر الأب البيولوجي بثبوت نسب المولود من الأم بالرحم فهو الأحق بالطبع من زوج صاحبة الرحم لأن الولد متخلق من مائه، وهذا بالطبع مقرر لمصلحة المولود.
- ٢- أن يسمح الواقع بنسب المولود للأب، كان يكون المقر في سن يتصور منها كون الولد ابناً له.

بالنسب إذا صدر مستوفياً شرائطه فإنه لا يحتمل النفي ولا ينفك بحال كان المقر صادقاً أم كاذباً.

وخلاصة القول يثبت نسب الولد من الزوج بالفراش دون حاجة إلى إقرار أو بينة، وإذا نفاه الزوج فلا ينتفي إلا بشرطين أولهما: أن يكون نفيه وقت الولادة، وثانيهما: أن يلاعن امرأته فإذا تم اللعان بينهما مستوفياً لشروطه فرق القاضي بينهما ونفى الولد عن أبيه وألحقه بأمه ورغم ذلك نرى أن سقوط حق الزوج في ملاعنة زوجته صاحبة الرحم المستأجر وذلك لسببين الأول: أن

(١) د/ محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص ٤٦٦.

(٢) جاء المادة ١٧٦ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي أقرت حق الزوج أن ينفي نسب الطفل التي تضعه زوجته فتتص علي أنه "في الأحوال التي يثبت فيها نسب الولد بالفراش في زواج صحيح قائم أو منحل بالدخول في زواج فاسد أو شبهة يجوز للرجل أن ينفي عنه نسب الولد خلال سبعة أيام من وقت الولادة أو العلم بها بشرط ألا يكون اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً"

(٣) المقرر في فقه الأحناف أنه يشترط لصحة الإقرار بالأبوة أن يكون الولد المقر له مجهول النسب فإن كان معروفاً نسبه من غير المقر لا يثبت نسبه منه بمجرد الإقرار لأنه =

النطف التي بداخل رحمها لم تدخل من طريق الزنا ولكن بطريقة صناعية لا تمس الإيلاج بأي شكل من أشكاله بالإضافة إلى احترام المائتين الموجودين بداخل رحمها.

٣- موافقته الضمنية بتأجير رحمها وعدم اعتراضه حتى الولادة تعتبر بمثابة إقرار منا يحدث، وليس ذلك فقط، بل أنه مشترك معها في هذه العملية متحملاً معها جميع عواقبها بصفته زوج لها وصاحب فراشها، وبالتالي أب للمولود عند عدم إقرار الأب البيولوجي بنسبه، والأصل في النسب الإحتياط في ثبوته ما أمكن، فهو يثبت مع الشك، وينبغي على الاحتمالات النادرة التي يمكن تصورها بأي وجه حملاً لحال المرأة على الصلاح وإحياء للولد.

وبالنسبة إلى ثبوت النسب المولود من الأم بالرحم والأم الجينية:

بالنسبة للأم بالرحم يثبت نسب المولود إليها بمجرد ميلاده منها يعتبر هذا بمثابة إقرار منها ببنوته حتى ولو كانت لا ترغب في ذلك، ومسألة تنازلها عنه للام البيولوجية هذه مسألة أخرى، أما الأم الجينية فالراجح لدينا أنها ليست بأم للمولود، وأن كان المولود قد تكون من نطفتها اللهم أن تكون له أم جينية كالأم بالرضاعة. والله أعلى وأعلم.

- من الآثار التي تترتب على ثبوت المحرمية بتأجير الرحم بالإقرار أو البينة، سواء أكان ثبوته بين زوجين فعلاً، أم بين اثنين لم يحصل بينهما عقد زواج. فإذا ثبت أن الزوجين من نتاج حمل في رحم واحد بصرف النظر عن مصدر النطف التي نبتوا منها، كان العقد فاسداً وحينئذ يأخذ أحكام العقد التي عرفناها، من ناحية وجوب الفرقة، ومن ناحية المهر. كما تثبت بين من جمع الرحم بينهما حرمة الزواج المؤبدة التي تكون بسبب النسب أو المصاهرة.

والإقرار قد يكون قبل عقد الزواج، أو بعده، لكل من هاتين الحالتين حكماً. فإن أقر الإنسان بأن فلانة أخته من الرحم وكان هذا قبل أن يتزوج بها، وظهر منه الإصرار على إقراره، لم يكن له أن يتزوجها، فإن فعل وجب التفريق بينهما. ويقبل منه أن يعود في إقراره مبنياً أنه وهم أو خطأ فيه، سواء أكان رجوعه قبل العقد أم بعده؛ وذلك لأن مسألة الحمل من رحم امرأة واحدة مما يختلف فيه الوهم والغلط، فرمما أقر بالرضاع بناء على خبر وصل إليه، ثم

ظهر له عدم صحته ^(١) فإذا اعترف الرجل والمرأة بأنهما أخوان من الرحم قبل إجراء العقد حرم عليهما إتمامه وحرم علي المأذون توثيقه متى علم وأصبحت دعوى حسبة. علي كل مسلم بمنع قيام هذا الزواج.

ولو كان الإقرار بعد الزواج:

وجب التفريق بينهما إن لم يفتقرا من نفسيهما، وعلي القاضي أن يفرق بينهما جبراً. وعلي المسلمين وجوب إقامة دعوى حسبة للتفريق سواء أصدقته الزوجة أم لم تصدقه؛ لأنه ليس متهماً في إقراره الذي ينهى به عقداً يملك إنهاءه بالطلاق. وبالمثل كالرضاعة تماماً. ولو كانت المرأة هي التي أقرت بأنها وليدة من نفس الرحم الذي ولد منه زوجها "أى أنهما نتاج رحم امرأة واحدة" وكان ذلك قبل الزواج، لم يكن لها أن تتزوج به حتى ولو كان يكذبها فيما أقرت به. وأن كان الإقرار بعد العقد بينهما لم يكن له أثر على العقد أن لم يصدقها الزوج؛ إذ قد تكون أقرت كذباً بما يوجب التفريق بينهما للتخلص منه. وهذا إذا لم تكن تزوجته على أن تطلق نفسها متى شاءت؛ لأنه لا تهمة في هذه الحالة في إقرارها بأنها ولدت من نفس رحم المرأة التي ولدت زوجها وكانت أم بالرحم لزوجها. ولا شك من أن للمرأة حقوق الزوجة بعد التفريق؛ لأن حقها لا يبطل بإقرار الرجل وحده.

والراجح لدينا هو ما ذهب إليه الحنفية ^(٢) لقوة حجتهم وللاحتياط في ثبوت النسب لأننا نرى أن موضوع النسب يكون دائماً محاطاً بالنساء. الأمر الذي

(١) لا يقبل الرجوع في الإقرار عند الشافعية والمالكية؛ لأن المقر يختلط عادة لنفسه فلا يقر إلا عن تحقق، نهاية المحتاج، ج ٧ ص ١٧٣، البدائع، ج ٤ ص ١٤.

(٢) رأى الحنفية: يثبت الفراش في الزوجة بمجرد العقد عليها ولا يشترط إمكان الدخول، فمتى أتت الزوجة يولد لأدنى مدة الحمل من حين العقد ثبت نسبه من الزوج، متى أمكن تصور كونه منه؛ بأن كان بالغاً أو مراهقاً، ولا ينتفي نسبه منه إلا باللعان. ويثبت هذا الحكم حتى ولو لم يكن الدخول ممكناً، بأن طلقها في المجلس عقيب تزوجها، أو كان أحد الزوجين بأقصى المشرق والآخر بأقصى المغرب ولم يلتقيا، وذلك لأن الرسول ﷺ لما نفى النسب عن للزاني مع تحقق وطئه دل على عدم إعتباره، وصار الإعتبار بالعقد الذي هو مظنة الوطء. البدائع ج ٣ ص ١٥٤٦، ١٥٤٧، ابن عابدن ح ٥ ص ٦٣٠ فتح القدير ج ٣ ص ٣٠١، البناية ج ٤، ص ٨١٨

يجعل من السهل شهادتهم بجانب الرجال. هذا فى إثبات النسب فى الأحوال الخاصة بالعلاقات الزوجية الطبيعية. فما بالك بثبوت النسب فى عملية تأجير الأرحام التى يتنازع ويتصارع عليها أكثر من أب وأم. فمن الضروري أن ترجح البيئة عن الفراش والإقرار. لأنه مما لا شك فيه إذا كان الإقرار حجة قاصرة على المقر لا تعداه إلى غيره فإن البيئة تمتاز بكونها حجة متعددة لا يقتصر أثرها على المدعى عليه. بل تثبت فى حقه وحق غيره. ويستفاد مما سبق أن البيئة أقوى فى الدلالة من الإقرار لذا فثبوت النسب بالبيئة أقوى من ثبوته بالإقرار. وعليه فإذا ادعى بطلان بنوة ولد وجاء أحدهم بالبيئة والآخر بالإقرار فإن صاحب البيئة يثبت له نسب الولد دون صاحب الإقرار. لذلك نرى أن أقوى وسيلة لإثبات نسب هى البيئة. وهى الطريقة المناسبة فى إثبات نسب المولود من تأجير الأرحام. وخاصة أن أطراف هذه الطريقة معتمدون فيها على أساس الاتفاق المنعقد بينهم. ولذلك كان من الأنسب حماية مصلحة الطفل من اتفاقاتهم بضمان ثبوت نسبه بالبيئة.

ماذا يحدث لو حملت صاحبة الرحم المستأجر فى توأمين الأول الخصم فى إثبات النسب من نقطة الأمشاج الزوجين البيولوجيين بفرزها فى رحمها وبعد ذلك عاشرها زوجها فحملت منه على اللقيحة الأولى فأصبح بداخلها طفلان الأول من ماء الأبوين البيولوجيين والثانى من ماء صاحبة الرحم وزوجها؟

القاعدة أنه إذا ولدت المرأة ولدين فى بطن واحدة فنفي الأول واعترف بالثاني يثبت نسبها ؛ لأنهما توأمين خلقا من ماء واحد. ويحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني.

وإن اعترف بالأول ونفي الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن ؛ لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار بالعفة سابق القذف فصار كما إذا قال أنها عفيفة. ثم قال هى زانية وفى ذلك التلاعن كذا هذا^(١) ولو جاءت بثلاثة فى بطن واحدة فنفي الثاني وأقر بالأول والثالث لاعن وهم بنوه ولو نفي الأول والثالث وأقر بالثاني يحد وهم بنوه كموت أحدهم^(٢).

(١) البدائع ج٣ ص ٢٤٧ ، ابن عابدين ج٢ ص ٥٩١ الأنصاف ر ج٩ ص ٢٤٨.

(٢) ابن عابدين ج٢ ص ٥٩١.

ومع ذلك نرى أنه من الداعي أن ما يسرى على التوأم يسرى على المولود الواحد، ينسب إلى الأم بالرحم وزوجها وإن أنكر زوجها النسب في المدة القانونية السابق ذكرها وادعاه الأب البيولوجي ينسب إليه

ومما هو جدير بالذكر إذا قطع النسب من الأب وألحق الولد بالأم، فإن سريان النسب في حق بعض الأحكام دون البعض الآخر، يبقى في حق سائر الأحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها؛ حتى لا تجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة إليه ولا يجب القصاص علي الأب بقتله ونحو ذلك من الأحكام إلا أنه لا يجري التوارث بينهما ولا نفقة علي الأب لأن النفي باللعان يثبت شرعا بخلاف الاصل بناء علي زعمة وظنه مع كونه مولودا علي فراشة وقد قال النبي - ﷺ - (الولد للفراش)^(١) فلا يظهر في حق سائر الأحكام^(٢).

رأى الباحث:

بالرجوع إلى ما سبق لا نتفق مع ما ذهب إليه رأى الجمهور فى ثبوت النسب بالقيافة^(٣) وخاصة فى عملية تأجير الأرحام رغم أن بعضا من الفقه رجح هذا الرأى، ولكن الراجح لدينا هو ما ذهب اليه رأى الحنفية^(٤) - وذلك للأسباب السابق ذكرها. بالإضافة إلى أن النسب يثبت للرجل بثبوت سببه وهو النكاح أو ملك اليمين أو للأسباب التى ذكرناها، فى عملية تأجير الأرحام، ولا يرجع عمل القائف إلى شئ من ذلك وإنما يرجع الى معرفة التخلق من الماء وهو لا يثبت به النسب، حتى لو طبقنا من هذا التخلق ولا فراش فإن النسب لا يثبت الوقت الذى ظهرت فيه هذه الوسيلة من إثبات النسب كان قبل أن تظهر التقنيات الحديثة التى ساهمت فى إيجاد طريقة علمية جديدة تغنى عن وسيلة القيافة وهى البصمة

(١) سبق تخريج الحديث

(٢) البدائع ج٣ ص ٢٤٨، المبسوط ج ٢٩ ص ١٩٨ فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٢ روضة الطالبين ج ٦ ص ٤٣ الوسوعة ج ٣٥ ص ٦٢٤، ٦٢٥ / المغنى ج ٦ ص ٤٣

(٣) هى وسيلة من وسائل إثبات النسب ولكنها اليوم فقدت أهميتها السابقة ولم تعد متداولة كما سبق فى الماضى وحل محلها طرق جديدة من نتاج المستحدثات العلمية الحديثة ومع ذلك هناك من يتبعها فى الأماكن الناقية التى لم يصل العلم عندها.

(٤) وذهب الحنفية الى أنه لا يثبت النسب بقول القائف لا لأنه القيافة كالكهانة فى الذم والحرمة أو أن الشبهة لا يثبت بها وإنما لأن الشرع حصر دليل النسب فى الفراش وغاية القيافة إثبات المخلوقات من الماء لا إثبات الفراش فلا يكون حجة فى إثبات النسب

الوراثية ، أى المعيار البيولوجي لثبوت نسب المولود لوالده فى الماضى كانت القيافة مناسبة للفصل بين الخلط بين نسب السبايا والجواري والأمة وبين السيد أو مالكهم. أى أن طريقة القيافة كانت تحتل مركزا مهما فى الماضى وذلك للمضاجعات التى كانت تتم دون وجود زواج والوطء بشبهة الذى كان ينتشر حين ذاك ولكن بعد ظهور تأجير الأرحام وطرق الإخصاب الصناعى بكافة أشكالها وألوانها التى نراها صورة من صور المضاجعات قديما أصبح هذا التطور يلزمه شكل جديد يتماشى مع التعامل مع تلك المستجدات. وهو ما يعرف اليوم بالبصمة الوراثية وسوف نقوم بالتعرض له إن شاء الله تعالى.

المطلب الثالث

البصمة الوراثية

من خلال تناولنا للمبحث السابق بشأن طرق إثبات النسب من عملية تأجير الأرحام والتى منها الفراش ، والبيئة ، والإقرار ، والقافة ، والقرعة ، وهذه الطرق أفاض فيها الفقهاء الأوائل^(١) والباحثون المعاصرون ، وهناك دليل آخر نتيجة التطور البيولوجي والتقنيات الطبية الحديثة ، وهو البصمة الوراثية ، التى تعد قرينة أخرى جديدة وأن كانت ترتبط بها قوامها التطورات التى يشهدها علم البيولوجي والفسولوجي وتمثل هذه القرينة فيما يعرف ببصمة الدنا التى أصبحت تؤثر تأثيرا عميقا فى سماتنا الشخصية وفى مستقبل السلالات البشرية ، وفى المجتمع بكافة تنظيماته والمشكلة التى تثار فى هذا الصدد هي كيفية تسخير هذه القوة العلمية الجديدة فى الاتجاه الملائم الذى يناسب ظروفنا ويجعل حياتنا أكثر استقرارا وما هو المدى الذى تسمح به الدول المتقدمة التى تقوم على هذه التجارب - تحت ما يعرف باسم التقدم العلمي - للدول النامية.

(١) ولزيد من التفصيل يرجع إلى. الهداية ج ٢ ص ٢٦ ، ج ٣ ص ٨٥ وما بعدها ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٧٦ ، المدونة الكبرى للأمام مالك بن أنس الاصبحت ج ٢ ص ٤٣٨ ، مطبعة السعادة طبعة أولى سنة ١٣٢٣ هـ ، بدائع المجتهد ج ٢ ص ٢٦٨ ، أنوار السالك ص ٢٤٥ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ٤٣٧ ، تحفة الطلاب ص ١٣٦ ، المغنى ج ٦ ص ٣٠٢ ، ج ٩ ص ١٣ ، ٣٧ ، زاد المعاد ج ٤ ص ١١٦ ، المحلى ج ١١ ص ٧٤١ ، البحر الزخار ج ٤ ص ١٤١ ، الروضة الندية ج ٢ ص ٢٤٤ جواهر الكلام ج ٣١ ص ٢٢٢ وما بعدها.

وجدير بالذكر تستند البصمة الوراثية إلى القاعدة الأصولية التي تقرر أن الأصل في الأشياء الإباحة وفي الإنسان براءة الذمة ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك، باعتبار أن هذه القاعدة تمثل أحد أدلة الأحكام الشرعية المعروفة في الشريعة الغراء، وهو دليل الاستصحاب الذي من مقتضاه أن اليقين لا يزول بالشك وأن الأصل بقاء ما كان علي ما كان عليه حتى يثبت خلافه بدليل آخر أقوى منه. مما يقتضى التعرض له بشئ من الإيجاز المناسب لطبيعة الموضوع وذلك على النحو التالي :

أ- ماهية البصمة الوراثية " بصمة الدنا " :

عبارة عن النمط الوراثي المتكون من التابعات المتكررة خلال الحامض النووي مجهول الوظيفة، وهذه التابعات تعتبر فريدة ومميزة لكل شخص، ويحدث ذلك بسبب قيام بعض الأنزيمات وتسمى R.E بنكسير الحامض النووي في أماكن محددة ومقننة وثابتة ولا تتغير أبداً، وإذا حدث وتغير المكان فإن ذلك ينتج عنه خلل كبير يؤدي إلى أحد الأمراض الوراثية، ومن هنا أمكن استخدام هذه الظاهرة أو الخاصية في الحصول على فتاتات مختلفة الأطوار ومتعددة الإشكال وتسمى مجملاً R.E.L.P وتنتج هذه الفتاتات ذات الأطوال المتباينة نتيجة تكسير الحامض النووي بهذه الأنزيمات، فهي إعداد متباينة من التكرارات أو التابعات الموجودة بنظام وقياس^(١).

وانطلاقاً مما سبق نرى أنه لا بد من توافر عدة ضوابط، يمكن أخذها مما اشترطه الفقهاء في خبير البصمة الوراثية كي يقبل حكمه. ولذا هناك تدابير وضوابط ينبغي توافرها لإثبات النسب.

ب- التدابير الواجب توافرها في خبير البصمة الوراثية لإثبات الأبوة :

١ - اشتراط الخبرة والكفاءة المتضمنة أكاديمياً وعملياً في خبير البصمة الوراثية.

(١) د/ صديقة العوضي، د/ رزق النجار. دور البصمة الوراثية في اختبارات الابوة. وما بعدها. مقام إلى ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني بالكويت من ١٣ - ١٥/١٠/١٩٨٨ م، البصمة الوراثية " بصمة الدنا " ومدى حجيتها ف اثبات البنوة د/ سفيان محمد العسولي ص ٨ مقدم إلى الندوة السابقة.

- ٢- أن يكون مسلماً، ويرجع السبب فى ذلك كونه ملماً بأمر الشريعة الإسلامية التى على أساس طبق قواعد طرق إثبات النسب لضمان أن تكون النتائج يقينية لا ظنية
- ٣- أن يكون عدلاً ؛ ألا يقصد من حكمه منفعة خاصة
- ٤- ألا يقل عدد الخبراء فى الموضوع الواحد عن اثنين ؛ لأنها شهادة والنصاب فيها الا يحكم بأقل من اثنين
- ٥- أن يكون اللجوء إلى البصمة الوراثية فى أحوال محددة: كاختلاط المولود بغيره وتنازع الآباء فى الأطفال المختلطين - أن يتيقن الزوج بأن زوجته لم تحمل منه.

ج - نماذج من التطبيقات الهامة لاستخدامات والبصمة الوراثية:

- وإثبات البنوة عن طريق البصمة الوراثية هو أسلوب جديد اخترعه الطبيب الأنجليزى الفيكس جيفريز سنة ١٩٨٥ م ، وينطلق من أن كل شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكل صفاته التى ينفرد بها، ويحمل الابن هذه الصفات من الأب مناصفة مع صفات أمه وبالمكان معرفة بنوة أى أب أو أم لشخص ما من تطابق جنات الابن مع بصمات الأب والأم^(١) وعلى سبيل المثال:

- إثبات البنوة كما لو اختلط المولود بغيره وتنازع الآباء فى الأطفال المختلطين، وهذا الافتراض قد يحدث، أو عند تخصيب صاحبة رحم مستأجر بنطفة زوجين بيلوجيين، وعقب ذلك جامعها زوجها فحملت منه على لقيحة الزوجين وأصبحت تحمل فى رحمها توأماً فهنا عن طريق البصمة الوراثية يمكن تحديد كل طفل حتى ينسب لأبيه وأمه عند اتفاقهم وعدم منازعتهم قضائياً ؛ لأنه عند التنازع سينسب الطفلان إلى الأم بالرحم وزوجها كما سبق الإشارة إلى ذلك بناء على قواعد النسب.

كما لو شب حريق فى المستشفى للأطفال وكان فى الحضانات المخصصة فى المستشفى أطفال كثيرون فى الأيام الأولى من الوضع مثلاً، ولحدوث الهلع

(١) الأهرام ٢٢ رجب سنة ١٤١٨ هـ - ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٩٧ م ص ٦

تلتقط الحاضنة أو المرضى جميع الأطفال وتخرج بها إلى مكان آمن، ولضيق الوقت ولا يعطيها الفرصة اللازمة لأخذ الاحتياطات، ثم تحدث المشكلة في نسبة كل مولود لأبيه، فهنا عن طريق البصمة الوراثية يمكن تحديد كل طفل حتى ينسب لأبيه وأمه، إلا أنه وكما يذكر البعض^(١) قد يبدو هنا إشكال في هذه الحادثة، إذ يمكن أن يوجد بين هؤلاء المواليد من حملته أمه من غير زوجها فتكشف الحقيقة المرة، فهل يقوم القائم بالتحليل عن طريق البصمة الوراثية بإعلام الأب بأن الولد الباقي والذي من المفروض أن يكون ولده، أنه حسب البصمة الوراثية هو لا صلة به؟ أم لا؟ اكتفاء بأن مهمته نسبة كل مولود بوالده، لا أعلام الأب بصحة نسبه أو عدم صحته.

- تحديد الهوية سواء في الجرائم أو غيرها وهذا ما فعله سميون^(٢)
- إثبات الأبوة أو الأمومة كما لو ادعى رجلان فأكثر أو امرأتان فأكثر بنوة طفل مجهول النسب
- تحديد شخص الجاني في جرائم الزنا والاغتصاب عن طريق إجراء اختبار الجينات (DNA)^(٣)

(١) فضيلة الشيخ / محمد المختار السلامي. اثبات النسب بالبصمة الوراثية. بحث مقدم لندوة الوراثة والحروسة الوراثية بالكويت. السابقة ص ١٢

(٢) حيث قام بتحديد هوية شخص قد مات وابلغ على اختفائه منذ ثمان سنوات وذلك عن طريق البصمة الوراثية التي قام بأجرائها على عظام عثر عليه في قاع النهر استخرته شبكة صياد وكذلك من خلال فحصه لمواد برازية عثر عليها واستخلصت من ملابس ثلاث نساء ابلغ اغتصابهن تمكن التوصل إلى المتهم حيث كانت الحالات الثلاث في منطقة واحدة ولكن على فترات مختلفة وقد تم القبض على سبعة رجال، واعطيت النتائج المتقاربه في الايجابية لثلاثة منهم فتم استبعاد الاربعة المستبقيين، وبإجراء تحليل DNA بأسلوب PCR تم التوصل للمتهم الحقيقي من ضمن الثلاثة (تقرير مقدم من كبير الأطباء الشرعيين بمصر. عن المؤتمر الأوربي الأول للتعرف على الجينلت الادمية بمدينة تولوز - فرنسا في الفترة من ٢٩ إلى ٣١ مايو سنة ١٩٩٦ م ص ١١ وما يليها).

(٣) اللواء الخبير / ابو بكر عبد اللطيف عزمى الجرائم الجنسية واثباتها مع مبادئ اصول علم الأدلة الجنائية في مجال اثباتها ص ٢٨٢ ٢٨٣ دار المريخ للنشر بالسعودية - لمزيد من التفصيل راجع د/ عطا السنباطي - بنوك النطف والاجنه - ص ٢٩١ - المرجع السابق

والتطبيق العملي اثبت نجاحها فى ذلك بنسبة عالية جدا، حيث انتهت الأبحاث إلى وصول قدرة ذلك الأسلوب التحليلي المتقدم للايجابية (بنسبة ٩٩/٩٩٪) أى أن نسبته السلبية لم تجاوز (١/١٠٠٠٠٪)، فإذا كان عدد سكان العالم الآن ٦ ، ٢ بليون نسمة، ويزداد بمعدل ٣ أشخاص كل ثانية، فإن احتمال أن يكون شخص آخر له نفس البصمة الوراثية للشذفات المدروسة - أى أن له نفس التابعات المتكررة - هو واحد فى ٦ ، ٢ بليون، وهذا احتمال معدوم، أو يكاد يكون صفرا، ولا يستثنى من النتيجة السابقة إلا أن التوأم وحيد الزيجوت " طفلان من بيضة واحدة وحيوان منوي واحد يكونان زيجات، وينقسم هذا الزيجوت إلى خليتين، وتنفصل الخليتان وتستقلان لتعطى كل منهما طفلا " حيث سيتمثلان فى البصمة الوراثية، أما الإخوة غير التوأم وحيدى الزيجوت، فالتشابه فى نفس النمط الوراثي " البصمة الوراثية " يصل إلى واحد فى المليون^(١). ورغم هذه النسبة العالية لنتائج التحاليل فى الكشف عن البصمة الوراثية، إلا أنه قد تعثر بها بعض المشاكل، لذلك وعلى الرغم من أن البصمة الوراثية تعد من الأدلة الفنية التي يستعين بها القاضي إلا أنه فى النهاية تخضع له كسلطة تقديره كغيرها من الأدلة الفنية بصفة عامة، وهي لا تؤثر على سبب النسب المتمثل فى الفراش الذي أشار إليه الحديث الشريف الولد للفراش.. سالف البيان. ولما كانت هذه البصمة من مستحدثات العصر الحالي فقد اقتصر الحديث عنها على علمائنا المعاصرين الذين اتفقوا على أن حجيتها لا تعدو أن تكون قرينة فى الإثبات أو النفي، تحتاج إلى ما يؤيدها من البيانات الأخرى ولا تصل إلى مرتبة الدليل الكامل فى هذا الصدد.

د - المشاكل والصعوبات التي تواجهه تقنية البصمة الوراثية:

- ١ - قد يظهر عامل الخطأ فى استظهار النتائج وعلى وجه التحديد فى قضايا البنية فى حالات زواج الأقارب، وتزداد النسبة فى حالات القرابة القوية والقريبة بالنسبة للجينات الوراثية، ولأجيال قديمة.

(١) تقرير كبير الأطباء الشرعيين بمصر السابق ص ٩ ، د/سفيان العسولى السابق ص ١٤ ، ١٧ ، د/ صديقة العوضى. ود/ رزق النجار ص ١٧.

- ٢- عوامل داخلية لم يمكن استدراكها حتى الآن.
- ٣- التضليل أو اختفاء الغرض المطلوب من أجله إجراء اختبارات الـ P.C.R.
- ٤- عدم ظهور الحين في المستوى ما بين ٩ و ٣ - ٤ على سلم الجينات ، وله ظروفه الخاصة في حالات اختفائه.
- ٥- عدم استخدام الأمصال المخصصة والمحددة.
- ٦- خلل في توقيت إدخال العينة.

هـ- السوابق القضائية المستعينة بتحليل البصمة الوراثية في القانون الوضعي:

بالرغم من أن تقنية البصمة الوراثية إذا ما تم تطبيقها لمعرفة الأب البيولوجي لطفل ما باستخدام المعايير التي وضعتها المؤسسات العلمية والقضائية المعنية ، وتم عمل هذه التحاليل بأيدي خبراء ذوي معرفة ودراية بمشاكل وصعوبات هذه التقنية ، فإن النتيجة السابقة ستتحقق بإذن الله - تعالى - وهذا ما حدث بالفعل ، حيث بدأت المحاكم في بعض الدول الأوربية في الاعتماد على النتائج التي يستخلصها العلماء في إصدار أحكامها ، خاصة في قضايا البنوة والاعتصاب ، ففي الولايات المتحدة الأمريكية أسست عدة شركات لتحديد بصمة الدنا لتعيين هوية المتهمين ، وفي سنة ١٩٨٨م أدخلت البصمة الوراثية في أكثر من مائة قضية بالولايات المتحدة الأمريكية ، ولقد أجازت رسمياً في دائرة قضائية واحدة على الأقل في نحو ثلثي الولايات. فالتطابق الإيجابي الخاطئ بين العينات مستحيل^(١).

كما بدأت المحاكم المصرية تعتمد في إثبات النسب عند التنازع على نتائج تحاليل بصمة الدنا أو البصمة الوراثية ، حيث عرضت مؤخراً قضية على محكمة الزقازيق للأحوال الشخصية في ١٩٩٤م (١٠/٥/م) تحت رقم (١٩٩٤ / ٩٤٤م) وتتلخص وقائعها فيما يأتي.

(١) تقرير كبير الأطباء الشرعيين بمصر. السابق ص ١٣ وما بعدها ، د/ سفيان العسولي. السابق ص ١٩ ، الشفرة الوراثية للإنسان. دأنيل كيفلس ، وليروى هود. ترجمة د/ أحمد مستحير ص ٢١٢ وما بعدها. سلسلة عالم المعرفة. شعبان (١٤١٧هـ - يناير ١٩٩٧م) ط الرسالة الكويت.

أن المدعى - الزوج - بتاريخ ١٩٩١/٣/٤م وضعت المدعى عليها مولودا نسبته اليه وسجلته فى سجل المواليد (صفحة رقم ١٤٣٧ قيد سجل مدني الزقازيق)، فأقام المدعى دعواه طالبا فيها نفى نسب الطفل إليه، وإلغاء القيود الخاصة بشهادة الميلاد، وأمر المدعى عليها بعدم التعرض للمدعى فى هذا الخصوص؛ حيث أنه لم يراجعها ويعاشرها معاشرة الأزواج بعد طلاقها الحاصل لأكثر من ثلاث سنوات متصلة، وعليه فإن ما فعلته المدعى عليها من نسب الطفل المذكور إلى المدعى واستخراج شهادة ميلاد مخالف للواقع والقانون (طبقا لنص المادة ١٥ من المرسوم بقانون ٢٥٤ لسنة ١٩٢٩م).

وفى (١٦ / ٧ / ١٩٩٤م) أقامت الزوجة دعواها تحت (رقم ٩٦٧/١٩٩٤م) طالبة فيها بثبوت نسب ولدها اليه مع أمره بعدم التعرض لها مع إلزامه بالمصاريف وأتعاب المحاماة، وذكرت، ما سبق مع إضافة أنه - أى الزوج - عاد وتزوجها بعقد عرفي وأوهمها بأنه عقد صحيح شرعي موقع من اثنين من الشهود، واستمر المدعى عليه يعاشرها معاشرة الأزواج ومازالت فى عصمته وطاعته حتى الآن، وقد حملت منه ورزقت منه بالطفل المذكور، فضمت المحكمة الدعوتين وحكمت المحكمة فى (٢٩ / ٤ / ١٩٩٥م) قبل الفصل فى الموضوع بنadb مصلحة الطب الشرعى بالقاهرة لتوقيع الكشف الطبى على كل من المدعيه والمدعى عليه والطفل، وتحليل فصيلة الدم توصلا إلى معرفة هما إذا كان الطفل هو ثمرة معاشرة المدعى عليه للمدعية، وأودعت مصلحة الطب الشرعى تقريراً مفاده أنه لا يوجد ما يمنع من جواز أن يكون الطفل المتنازع على بنوته ثمرة معاشرة جنسية للمدعية والمدعى عليه، إلا أنه لتأكيد ذلك يفضل إجراء اختبارات الأحماض الأمينية وكذا اختبارات الخرائط الوراثية للشريط الجينى الوراثى للمدعية والمدعى والطفل المتنازع على بنوته، وأن هذه الاختبارات تحتاج إلى قيمة مالية على المتضرر تسديدها، فأصدرت المحكمة بتاريخ (١ / ١٢ / ١٩٩٦م) حكماً آخر بنadb مصلحة الطب الشرعى بالزقازيق إلى نتيجة مؤداها أن نتيجة الأبحاث التى أجريت على مقابل الدم بتاريخ (١٥ / ٥ / ١٩٩٦م) وكذا نتائج التحاليل الحديثة، الخاصة بالحامض النووي DNA بطريقة PCR والتى أجرتها دكتورة متعاقد معها من قبل الطب الشرعى

ثبت أن الطفل هو ثمرة زواج المدعى من المدعى عليها، وأنتهن المحكمة فى دعوى الزوجة رقم (١٩٩٤/٩٦٧م) بإجابتها، وذلك بإثبات النسب فيها إلى أبيه مع أمره بعدم التعرض لها كما ألزمته بالمصاريف، وفى دعوى الزوج رقم ٩٤٤/١٩٤٤م برفضها مع إلزامه بالمصروفات وذلك استنادا إلى تقرير الطب الشرعى الذى اطمأنت المحكمة اليه، وأضافت المحكمة بعد أن أوردت أدلة ثبوت النسب من فراش وإقرار وبينه دليلا رابعا يثبت به النسب وهو تحليل مقابل الأنسجة بالأخص الحمض النووي DNA مع ملاحظة أن النسب الذى يثبت بفحص الدم أو بتحليل الأنسجة هو النسب الطبيعى دون النسب الشرعى فلا تلازم بين النسبين، بالإضافة إلى ذلك صدر حكم بمائل فى الدعوى (رقم ١١٦١ لسنة ١٩٩٥م) شرعى كلى الزقازيق بشأن دعوى نفى نسب بتاريخ (٦/١٩٩٧م).

و- موقف الفقه والاسلامى فى ثبوت النسب بالبصمة الوراثية:

لا شك من صلاحية وموافقة الشريعة الإسلامية ومسايرتها لكل المستجدات الطبية الحديثة شريطة أن تكون نافعة للبشرية وغير متعارضة لإحكامها، خاصة فى الوقت الذى استطاع فيه التقدم العلمى فى مجال البيولوجى أن يوظف الشفرات الجينية فى استجلاء الحقيقة الوراثية عند الشك والمنازعة فى مسألة ثبوت الأنساب ونفيها. وهناك سؤال يطرح نفسه عن مدى اعتبار التشابه الجينى فى البصمة الوراثية طريقة من طرق ثبوت النسب وتأثير ذلك على القاعدة التى بنيت عليها مسألة ثبوت الأنساب فى الفقه الإسلامى.

وبما أن البصمة الوراثية تؤدى إلى النتائج السابقة بيقين وبإجماع الخبراء المتخصصين فى ذلك فإن الفقه الإسلامى وقواعده وأدلتها العامة لا تمنع من الأخذ بهذه التقنية الجديدة كدليل لإثبات النسب، ويرى بعض من الفقهاء المحدثين^(١) قياسا البصمة الوراثية على القافة كدليل لإثبات النسب، بل هى أولى بالحكم، وذلك لأن عمل القائف يقوم على الحدث والتخمين والأوصاف

(١) د/ عطا السنباطى - المرجع السابق - ص ٢٩٥، د/ محمد سليمان الاشقر. اثبات النسب بالبصمة الوراثية. السابق ص ١٤ وما بعدها.

الظاهرة التى قد يتشابه فيها الكثير، أما البصمة الوراثية فتتأرجح قطعياً كما سبق وأن ذكرنا، كما أنها لا تعتمد على الأوصاف الظاهرة فقط، كما فى القافة، بل تعتمد أيضاً على الأوصاف الخفية، وقد ذكر الفقهاء أن الأوصاف الخفية تقدم على الأوصاف الظاهرة فى ثبوت النسب.

كما ذهب أصحاب هذا رأى إلى أن قياس البصمة الوراثية أولى من القافة كدليل لإثبات النسب، وأجازوا عرض الولد على القائف لإثبات نسبه حتى ولو كان ميتاً، وبالتالي يجوز لتحديد هويته عن طريق البصمة الوراثية قياساً على ذلك.

الأدلة التى اعتمد عليها أصحاب الرأى المؤيد لقياس البصمة الوراثية على القافة:

أولاً: الاستدلال بما جاء فى معنى المحتاج: " فإن مات الولد قبل العرض على القاضي عرض عليه ميتاً، لا أن تغير أو دفن، وأن مات مدعيه عرض على القاضي مع أبيه وأخيه ونحوه من سائر العصبه.

ثانياً: أن الحق كما يثبت بالبينات كذلك يثبت بالقرائن القاطعة والقرينة القاطعة هى التى تدل على المطلوب دون احتمال، على أن الشريعة الإسلامية ربما قبلت بناء الحكم فى بعض الصور على قرائن ليست مفيدة للقطع، أى أنها تحتمل الملل برجحان، وتحتمل ضده احتمالاً مرجوحاً، وذلك يفيد غلبة الظن. وغلبة الظن يجوز أن يبنى عليها الحكم فى كثير من المسائل، ومنها مسألة ثبوت النسب لشخص مجهول النسب، ويقول الفقهاء أن القبول هنا "لأن الشارع متشوف إلى إثبات النسب".

ثالثاً: أن فقهاء الشافعية والحنابلة قبلوا القيافة طريقاً لإثبات النسب شرعاً. والقائف أنما يتكلم عن حدس وتخمين وفراصة، ولا ينعدم احتمال الخطأ فى حكمة مجال، بل قد يقول الشئ ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه. وذلك لأن الصفات الظاهرة فى البشر قد تتشابه، وقد ينخدع القائف بالتشابه الظاهر، فيكون حكمه بإثبات الأبوة كاذباً. ومع هذا قبلوه طريقاً شرعية "لتشوف الشارع إلى النسب" وقياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة قياس صحيح فى هذا الباب.

كما يروا أن تقنية الهندسة الوراثية أولى بالصحة والصدق ، فينبغي أن تكون أرجح من القيافة ، لأن نتيجة تقنية الهندسة الوراثية - إذا استعملت حسب الأصول المعتمدة عند أهلها ، يكاد ينعدم فيها احتمال الخطأ ، على ما أظهرته الأبحاث المقدمة.

رأى الباحثة:

نرى من وجهة النظر الراجحة لدينا أنه يحسب للرأى السابق تأييده فى الاستعانة بتحليل البصمة الوراثية كدليل لإثبات النسب. هذا من وجهة ومن الوجهة الأخرى لا نتفق معه فى أخذه بإجراء قياس دليل القافة على دليل تحليل البصمة الوراثية وذلك للأسباب الآتية :

بداية لا يوجد وجه مقارنة بين الدليلين.

هناك تناقض بين أوجه القياس التى اتبعها الفقه السابق، وذلك ما الداعي لإجراء قياس البصمة الوراثية على القافة رغم رؤية أصحاب هذا الرأى لعمل القائف الذى يقوم على الحدث والتخمين والأوصاف الظاهرة عن البصمة الوراثية التى تقوم على نتائج قطعية والأوصاف الظاهرة والخفية..... وغيرها من الاختلافات.

القول بأن هناك شبه بين البصمة الوراثية والقافة، هذا القول غير صحيح ؛ لأنه يتعارض مع نسب المولود من تأجير الأرحام لأن بناء على الرأى العلمى يمكن اتخاذ البصمة الوراثية كدليل بالشروط التى أوردناها، ولكن لا يمكن الأخذ بحكم القائف فى إثبات نسب المولود من تأجير الأرحام وذلك للأسباب التى سبق سردها التى منها كيف يمكن التسليم بالاعتماد على الحكم بالقافة فى انتماء مولود إلى شخص ما لمجرد أنه يشبهه فى الشكل.

وكذلك نرى أنه لا يوجد دليل شرعى قاطع على اتخاذ طريقة حكم القائف وسيلة من وسائل إثبات النسب، ونعتقد أنه ليس من المنطق أن نسلم بأن تثبت البنوة على أساس التخمين ولاحتمال وجود الخطأ فى حكمة وبالتالي لا يمكن قياس تقنية الهندسة الوراثية على القيافة.

"الراجح لدينا عند تأكد أهل الطب من نتائج الأبحاث العلمية فى مجال الهندسة الوراثية الخاصة بفاعلية تقنية البصمة الوراثية فى إثبات النسب

والحصول على نسبة من الصحة يكاد ينعدم معها احتمال الخطأ. فلا مانع من اتخاذها كطريقة أو دليل من أدلة أو طرق الإثبات التي أسردها لنا الشرع والقانون ولكن يبقى السؤال هنا، فما منزلة البصمة الوراثية بين طرق الإثبات (الفراش، والإقرار، البينة) نرى أن ترتيب دليل تحليل البصمة الوراثية ضمن باقي طرق الإثبات السابق ذكرها يأتي في المرتبة الرابعة بعد البينة أى أنه يصبح ترتيب وسائل إثبات النسب بالترتيب كالاتى : الفراش - الإقرار - البينة - البصمة الوراثية.. ..

وعند التعارض يقدم عليها الفراش والبينة والإقرار لمصلحة الولد فى انتسابه إلى أب، وكذلك القرعة من باب أولى، وهذا ما ذهب اليه بعض الفقهاء المعاصرين^(١).

وانطلاقاً مما سبق يستفاد من قاعدة الولد للفراش أن المولود يستفيد من قرينة النسب للفراش^(٢)، عند تمسك الأم بالرحم وزوجها بالمولود استناداً على قاعدة الولد للفراش فى الوقت الذى تكون فيه البصمة الوراثية للأب البيولوجي والأم الجينية، ينسب الولد فى هذه الحالة إلى الأم بالرحم وزوجها ويدعم ثبوت النسب ناحية هذا الزوج هنا ولادة صاحبة الرحم؛ لذلك الطفل على فراش الزوجية، فتكتمل بذلك الشروط القانونية لثبوت النسب جهة زوج الأم بالرحم. ولكن هل يصح للأب البيولوجي أن ينكر هذه البصمة؟ فيثبت أن هذا الولد المتولد من رحم المستأجر من مائه عن طريق استخدام تحليل البصمة الوراثية. وذلك استناداً إلى أن قرينة النسب للفراش هي قرينة قاطعة؟ فإن استطاع صاحب النطفة أن يثبت عكسها بالشفرة الوراثية هل ينسب هذا الطفل اليه؟.

الراجح لدينا هو إنه إذا تعارضت البصمة الوراثية مع الفراش كسبب للنسب فإن الفراش يعلو عليها فى الإثبات، وكذلك الإقرار والبينة وتطبيقاً منا

(١) د/ محمد سليمان الاشقر. اثبات النسب بالبصمة الوراثية. السابق ص ١٤ وما بعدها

(٢) د/ محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

على ذلك ينسب المولود إلى صاحب الفراش وهو زوج الأم بالرحم ولكن إذا أنكر نسبه فينسب إلى الأب البيولوجي. والله أعلى وأعلم.

المطلب الرابع .

آراء العلماء في نسب المولود من الرحم المستأجر

تمهيد وتقسيم:

بداية نريد أن نتوة إلى أن هناك مبدأ متفق عليه، وهو لا تلازم بين مشروعية الإنجاب عن طريق تأجير الأرحام أو عدم مشروعيتها، ومنسألة ثبوت النسب الناتج عن هذا الإنجاب؛ لذلك أختلفت الآراء ما بين مؤيد ومعارض. ولا شك من أن النسب^(١) في الأحوال العادية يثبت من المرأة بالولادة أو الإقرار بالبنوة.

(١) رؤية المشرع الوضعي إلى ما ذهب إليه فقهاؤنا القدماء حول ثبوت فراش الزوجية: النسب

- العدول عن مذهب الأحناف (وأجدر هذه الآراء بالاعتبار هو ما ذهب إليه الجمهور من ثبوت فراش الزوجية بالعقد بشرط إمكان الدخول؛ وذلك أنه ليس من الإحتياط في إثبات النسب ثبوته مع القطع بعدم إمكان الدخول، وقد حقق الكمال ابن الهمام أن تصور إمكان الدخول شرط لثبوت الفراش عند الحنفية، بدليل أن الصبي لا يثبت النسب منه ولو جاءت امرأته بالولد لستة أشهر فأكثر من حين العقد، إلا أنه ادعى أن تصور إمكان الدخول ثابت في زواج المشرقي بمغربية، وهي دعوى لا يقبلها العقل ولا يؤيدها دليل واقعي).

في هذه المسألة والأخذ بما ذهب إليه الجمهور،

- وسار على ذلك أيضاً مشروع قانون الأحوال الشخصية، فإنه وأن كان قد نص على أنه "يثبت نسب المولود في أثناء قيام الزواج الصحيح إذا ولد لستة أشهر أو أكثر من تاريخ العقد" (م ١/١٥٤)، إلا أنه أعاد ما قرره المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (م ١٥٧)

ربطة القوانين الوضعية قيذا على قاعدة الفراش الذي يثبت به نسب الوليد دون الحاجة إلى إقرار الزوج. فيجب أن تنسجم تلك القرينة مع واقعتي الحمل والولادة وإلا فلن يثبت النسب رغم وجود الفراش الصحيح.

- كما لو أثبت أنه عاجز جنسياً أو استحالة التلاقي بينه وبين زوجته أو أن الزوجة أتت بالمولود في مدة أقل من المدة الدنيا للحمل من تاريخ العقد أو أتت به لأكثر من سنة من غيبة الزوج أو من وقت الطلاق أو الوفاة د/ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص ١٩، د/ محمد حسن النجيمي، المرجع السابق، ٥٨٩.

وعليه فقد سار القانون الفرنسي على نفس نهج نظيره المصري. هذا ما يتعلق بفراش الزوجية، وأما فراش الأمة فلقد صنفه الأحناف إلى أربعة مراتب متدرجة بين الضعف والقوة: (١) فلا يثبت عندهم إلا بإدعاء سيدها نسب إليها وصيرورتها أم ولد له الهداية

ويكفي لذلك شهادة امرأة واحدة، وهى ما تسمى "بالقابلية"^(١) أما فى حالة الإنجاب بالاستعانة بأرحام أخريات تبدأ المشكلة من هنا ومرد ذلك الى النزاع فى اعتبار من النسب لولد الزنا للزانى يثبت^(٢) رغم عدم احترام المائين مطلقا سواء فى حال الإنزال أو فى حال الاستدخال، فمن باب أولى يثبت النسب للمولود من عمليات تأجير الأرحام وذلك لاحترام المائين الأنزال وحال الإستدخال^(٣) التخصيب

ومع ذلك تتولد المشكلات من خلال الكتاب عن من يكون الأب، وكذلك الأم هل الأب صاحب الحيوان المنوي أو صاحب الفراش أو غير ذلك؟ وهل الأم هي صاحبة البويضة أو صاحبة الرحم والحمل والولادة أم غير ذلك؟ وفى هذه الحالة أكون نسب الولد للمرأتين معاً أم لأحدهما؟ الأمر الذى يستدعى عرض آراء الفقهاء حيال ذلك مدعين هذه الآراء بأدلة كل منهما، ولتوضيح ذلك يتطلب منا عرض الموقف إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة ثانية لصاحب النطفة الذكرية وفى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة، أو منفردة.

-
- ج ٢ ص ٥١ - ٥٢، نهاية المحتاج، ج ٧ ص ١٦٠ - ١٦١، الموافق بهامش الخطاب، ج ٤ ص ١٦٩، الفروع لابن مفلح، ج ٣ ص ٢٩٦ - ٢٩٧، نيل الأوطار، ج ٦ ص ٢٨٠، فبذلك يثبت فراشها حتى لو أتت بولد بعد ذلك ثبت نسبه من غير دعوى، لكن ينتفى نسبه بمجرد النفى؛ وذلك لأن فراشها ضعيف حتى يمكن نقله بالتزويج.
- وذهب جمهور الفقهاء فيما عدا الأحناف إلى أن الأمة تصير فراشاً لسيدتها بمجرد وطئة لها، فمتى أقر بوطء أمته يثبت نسب ولدها الذى تأتى به بمد ستة أشهر أو أكثر من ذلك الوطء فإنه لا يثبت نسب ولدها الذى تأتى به بمد ستة أشهر أو أكثر من الإستبراء - ويشهد للجمهور حديث أم المؤمنين عائشة رضى الله عنها فى ولد زمعة، فإن أمه كانت أمة وألحق النبى ﷺ ولدها بسيدتها من غير أن يسأل هل أقرب به أو لا؛ وتأويل الحديث على أن قوله: "هو ليعبد ابن زمعة" ليس معناها هو ملك لك، إذ لا يتفق مع قوله بعد ذلك: "الولد للفراش"، - وقد روى الحديث بلفظ: "هو أخوك يعبد بن زمعة"، وقد روى الشافعى رضى الله عنه عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال: "لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها".
- (١) المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك - واصل علاء الدين أحمد إبراهيم: المرجع السابق ص ٥٤٥.
- (٢) المغني ج ٧ ص ١٢٩ وما بعدها بمجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن حنبل ج ٣٢ ص ١٣٩

الحالة الأولى: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة ثانية لصاحب النطفة الذكرية:

يقل حجم المشكلة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر زوجة أخرى لصاحب النطفة الذكرية ؛ لأنه في هذه الحالة أصبح هو الأب الشرعي للمولود قطعاً ؛ لأن النطفة المستخدمة في التلقيح في نطفته فالولد من صلبه قطعاً ؛ لأنه هو صاحب الفراش الذي ولد فيه الولد. وهذا القياس على قول النبي - ﷺ - : (الولد للفراش)^(١). هذا ما ذهب إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة.

الحالة الثانية: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة:
الראى الأول:

إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر امرأة ذات زوج فإن نسب المولود يثبت لزوجها ولا يتبع صاحب النطفة.
ادلة الراى الأول:

قول النبي - ﷺ - "الولد للفراش وللعاهر الحجر" والأحكام الشرعية مبناها على الظاهر.
الراى الثانى:

أن المولود ينسب إلى زوج صاحبة البويضة التي لقحت بنطفته وتثبت له الحقوق المترتبة على ثبوت النسب ولا ينسب إلى زوج صاحبة الرحم المستأجر.

(١) أما بالنسبة لزوجة الاخرى "الضرة" إذا حملت بالأنابة عن صاحبة البيضة أى الزوجة الأخرى "الضرة" لزوجها، فإنها أولى بالحكم من الصورة السابقة، وهي حالة حمل الأجنبية بالأنابة، وغن كان مجلس مجمع الفقه الاسلامي بمكة المكرمة قد أجازها في دورته السابعة بناء على حالة الضرورة، وأثبت النسب فيها لصاحبة البيضة وجعل في الزوجة الاخرى "الضرة" المتطوعة بالحمل عن ضررتها في حكم الام من الرضاعة للمولود لأنه أكسب من جسمها وعضويتها اكثر مما يكتسب الرضيع من مرضعته، إلا أنه قد عاد ورجع عن هذا الحكم في الدورة الثامنة لا لامر فيه ولكن لغيره وهو الخوف من فتنة اختلاط الأنساب، معنى ذلك أنه لو تبين التيقن بوضع ضوابط معينة من عدم اختلاط الأنساب هنا من ناحية الام، لأن الحيوان المنوي لا خلاف في ثبوت النسب لصاحبه وهو الزوج في هذه الحالة، أنما الخوف من أن تفسد البيضة المخصبة ويتم حمل الزوجة المتطوعة عن طريق بيضة تفرز من مبيضها ثم بعد ذلك تدار امشاكل حول من ينسب ليه الولد من ناحية الام فلو تم التيقن من عد حدوث ماسبق فإن الولد ينسب إلى أمه صاحبة البيضة قطعاً والواضح أن مجلس مجمع الفقه الاسلامي قد ربط بين القضيتين قضية جواز الحمل عن طريق الرحم البديل أو عدم جوازه وقضيه ثبوت النسب مع أنه لا لازم بينهما.

أدلة الرأي الثاني:

استدل أصحابه على أن الجنين قد تكون من بويضة امرأة وماء رجل بينهما نكاح شرعي صحيح، وكون هذه العملية محرمة لا يؤثر في نسبة الولد إلى أبويه ؛ لأن التحريم قد عرض بعد الانعقاد بسبب استعمال رحم المرأة المتبرعة استعمالاً غير مأذون فيه شرعاً وعلي ذلك فالتحريم لم يدخل في أصل تكوين الجنين بل من طريق تغذيته التي نتج عنها نماءه وتكامله، فهو أشبه ما يكون بطفل غذاه أبواه من حرام حتى كبر فهما آثمان بذلك لكن هذا لا يقطع عنهما نسب ابنهما. ويبنى على هذا الرأي أن الزوج المذكور لا يربطه بالمرأة صاحبة الرحم المستأجر أي سبب من أسباب ثبوت النسب لجهة الأب وهي ثلاثة : الزواج صحيحاً كان أو فاسداً أو وطء الشبهة أو المخالطة المبنية علي ملك اليمين.

الحالة الثالثة: إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر منفردة

يرى بعض الباحثين المعاصرين أنه إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر غير متزوجة فأن الولد ينسب لزوج صاحبة البويضة المخصبة وتثبت له كل الحقوق المترتبة علي ثبوت النسب وكل صلات القرابة وما يترتب علي ذلك من المحرمية الثابتة بهذه القربات.

أدلة أصحاب هذا الرأي:

أولاً: التخريج علي ما أفتى به فريق من العلماء من صحة نسب ولد الزاني إلى الزاني إذا كانت الزانية غير متزوجة. قالوا: بل ثبوته هنا أولى ؛ وذلك لاحترام المائين حال الأنزال وحال التخصيب.

ثانياً: التخريج علي ما قاله بعض العلماء من أن النسب يشترط فيه المشروعية أثناء إنزال المني ولا يشترط فيه المشروعية أثناء إدخاله في المرأة. يقول الإمام شمس الدين الرملي أثناء كلامه عن أم الولد الجارية التي جامعها سيدها فحملت وولدت "لو استدخلت مني سيدها المحترم فإنها لا تصير أم ولد لانتفاء ملكه لها حال علوقها، وإن ثبت نسب الولد وما بعده وورث منه لكون المني محترماً ولا يعتبر كونه محترماً حال استدخاله.

خلاقاً لبعضهم فقد صرح بعضهم بأنه لو أنزل في زوجته فساحقة بنته فحبلت منه لحقه الولد، وكذا لو مسح ذكره بحجر بعد إنزاله في زوجته فمسحت به أجنبية فحبلت منه".

وفي الصورة التي نتكلم عنها كان أنزال المني مشروعاً؛ لأنه كان بين رجل وامرأة تربطهما علاقة زوجية صحيحة، فالبويضة من المرأة ملقحة من زوجها وتلقيح البويضة من الزوج لا يعد من جملة المحرمات وإنما عدم المشروعية هو في استخدام رحم الغير، فعدم المشروعية متعلق بإدخال البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى، ولا يشترط لثبوت النسب المشروعية أثناء الإدخال كما تقدم فيما روى عن الرملي - رحمه الله - .

تقييم الباحث

نرى من جانبنا لا خلاف على نسب المولود إلى صاحب النطفة الذكورية (الأب البيولوجي) في حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر الحاملة لنطفة ضررتها الأنثوية زوجة أخرى له، وهذا تطبيق للقاعدة الفقهية (الولد للفراش). لا نؤيد الرأي القائل في حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر ذات زوج ينسب المولود إلى زوج صاحبة البويضة أي (الأب البيولوجي) المتكون منه الجنين لأننا لا نرى وجاهة في الأسباب التي ذكروها ونضيف على ذلك أن لو أنكر زوج صاحبة الرحم المستأجر نسب المولود مستنداً ومستوفياً الشروط القانونية حيال ذلك وادعاه صاحب النطفة الذكورية المخصب بها المولود أي الأب الجيني ينسب له المولود

العلة في اختيارنا أنه في الغالب تكون مصلحة الطفل منصرفة إلى ابقائه مع أب غنى مقتدر مادياً وهذا لا يتوافر في رجل وافق أن يؤجر رحم زوجته احتياجاً للمال حتى ولو أنكر الأب البيولوجي نسب الولد وأرفض استلام المولود ينسب الطفل إليه قضائياً ولكن في حالة إقرار زوج صاحبة الرحم المستأجر ببنوة المولود ينسب إليه الطفل.

ويمكن قياس حالة تنازع الزاني وصاحب الفراش، وهو مذهب عروة وسليمان بن يسار وإسحاق بن راهويه ورجحه ابن القيم^(١). على التنازع الحاصل

(١) زاد المعاد ٤/ ١١٩.

عند حدوث الخلاف على نسب المولود بين الأب البيولوجي وزوج صاحبة الرحم المستأجر.

ولأن نسب هذا الطفل إلى الأب البيولوجي حيثئذ أولى من عدم انتمائه لأب أصلاً، لاسيما لو تقي زوج صاحبة الرحم المستأجر نسب الطفل إليه، فلا يحدث خلاف بينه وبين الأب البيولوجي حين تنسب ذلك الطفل إلى الأب البيولوجي. وبهذا تسليماً للقواعد الفقهية والتي منها:

١ - (الولد للفراش)

٢ - (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها)^(١).

٣ - (يختار أهون الشرين)^(٢).

٤ - أما إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر منفردة أى غير متزوجة، فالأمر هنا يختلف، فنرى أنه من الضروري أن ينسب الطفل إلى الأب البيولوجي صاحب النطف وتثبت له كل الحقوق المترتبة علي ثبوت النسب وكل صلات القرابة، وما يترتب علي ذلك من المحرمية الثابتة بهذه القرابات، وهذا ما ذهب إليه الرأى السابق ونحن نؤيده مع تحفظنا بأن الفراش هنا ليس المقصود منه هو فراش الزوجية ولكن المكان الذى اجتمعت فته النطف للتخصيب المعملى لتكوين نطفة الأمشاج، وبالتالي يعتبر هذا المكان الفراش الذى نسب اليه، المولود نسبة لأبيه البيولوجي مع مراعاة توافر احترام المائتين وقت الأنزال.

ونزيد على أدلته المؤدية إلى هذا الرأى ما جاء فى معنى المحتاج^(٣) : أثناء كلامه عن حكم ما لو وطئت زوجته بشبهة - من أجنبى له رأيان حول هذه المسألة.

١ - يعرض على القائف ليلحقه بأيهما - أى الزوج أو الواطئ بشبهة

٢ - يلحق بالزوج لقوة فراشه ، وعلى الرأى الأول لو اتفق الزوجان

والواطئ على إلحاقه بأحدهما لا يجوز ؛ لأن النسب من حق المولود فلا يلحق

(١) شرح القواعد الفقهية ص ١٤٧ للشيخ أحمد الزرقاء - طبعة دار الغرب الإسلامى - الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م.

(٢) المرجع السابق ص ١٤٩.

(٣) معنى المحتاج ج ٤ ص ٤٩٠.

باتفاقهما ، فقال : " وعلى الأول لابد من إقامة بينة على الوطاء ، ولا يكفي اتفاق الزوجين والواطئ عليه ، لأن للمولود حقاً في النسب ، واتفاقهما ليس بحجة عليه

ويستفاد مما سبق :

نسبة ولد الزاني إلى الزاني إذا كانت الزانية غير متزوجة ، فلو ولد طفل من زوجين فدعاه آخر لا يجوز إلحاقه به^(١).

لأن الولد لصاحب الفراش استناداً إلى ما ورد من قول الرسول الكريم - ﷺ - : (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^(٢).

لكن لو كان الطفل من زنا علي غير فراش أي بامرأة غير متزوجة ، فجمهور العلماء أي غالبيتهم يرون أيضاً عدم جواز إلحاق ولد الزنا في هذه الصورة بالزاني ، ويسرى فريق آخر من العلماء غير هذا الرأي فقال الحسن البصري : يلحق بالزاني إذا أقيم عليه الحد ويرثه. وقال إبراهيم النخعي : يلحق بأحد أمرين : إذا أقيم عليه الحد أو ملك الموطوءة بالزواج أو ملك اليمين^(٣).

وذهب إسحاق بن راهويه إلى أن الولد من الزنا إذا لم يكن مولوداً علي فراش يدعيه صاحبه وادعاء الزاني ألحق به وأول قول النبي - ﷺ - (الولد للفراش) علي أنه حكم بذلك عند تنازل الزاني وصاحب الفراش.

قال ابن القيم : (وهذا مذهب عروة بن الزبير وسليمان بن يسار قالوا : أيما رجل أتى بغلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو ابنه واحتج سليمان بن يسار بأن عمر بن الخطاب كان يلحق أولاد الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال : لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد ولد له^(٤)).

(١) المغنى والشرح الكبير ١٣٠/٧.

(٢) صحيح البخاري ٢٩٢/٤ كتاب البيوع - باب تفسير المشبهات الحديث رقم ٢٠٥٣ صحيح مسلم ١٠٨٠/٢ كتاب الرضاع باب الولد للفراش الحديث رقم ١٤٥٧.

(٣) المغنى ١٢٩/٧.

(٤) زاد المعاد ١٥٤/٤.

ويرجع ابن القيم المذهب المخالف للجمهور ويقول : وهذا المذهب كما ترى قوة ووضوحاً، ثم بين ابن القيم أن القياس يقتضى صحة هذا الرأي القائل بإلحاق ولد الزنا بمن يدعيه إذا ولد علي غير فراش وذلك لأن الأب أحد الزانيين فالزنا حادث من رجل وامرأة، وإذا كان الطفل يلحق بالمرأة وتكون أما له وينسب إليه وترثه ويرثها ويثبت النسب بينه وبين أقارب أمه مع كونها زنت به، وقد وجد الطفل من الزانيين وقد اشتركا فيه وأتفقا علي أنه ابنهما فما المانع من لحوقه بالأب إذا لم يدع غير الأب هذا الطفل؟^(١).

ونرى أنه بناء على رأى العلماء السابقين - رحمهم الله - بلحوق ولد الزنا بمن يدعيه إذا لم يكن مولوداً علي فراش يدعيه صاحبه فأننا نقول تخريجاً علي هذا الحكم بلحوق الطفل الذي ولد بطريقة تأجير الأرحام بصاحب النطفة الذكرية الذي لقحت به البيضة التي وضعت في رحم امرأة ليست صاحبة البيضة إذا لم يدعيه زوج صاحبة الرحم أى صاحب فراشها، أما بالنسبة لجهة الأم فالى من ينسب، مما أدى إلى اختلاف العلماء وتعدد آرائهم الأمر الذى أدى إلى ضرورة عرض آراء العلماء فى نسب المولود من هذه العلاقة هل ينسب إلى الأم بالرحم أم إلى الأم الجينية؟

الفرع الأول

في نسب المولود من جهة الأم

أولاً - مدى إمكانية نسب المولود إلى المرأة صاحبة الرحم المستأجر:

يرى أصحاب هذا الرأى^(٢) الولد الناتج من عملية الرحم المستأجر سينسب إلى صاحبة الرحم المستأجر لا إلى صاحبة البويضة المخصبة، وسترتب له كل أحكام الولد بالنسبة لأمه والأم بالنسبة لولدها.

الأدلة التى بنى عليها أصحاب الرأى المؤيد لثبوت نسب المولود إلى الأم التى حملته:

١ - الأم التى أعطت البويضة تفتقر لمعانى الأمومة بينما الأخرى هي التى عانت مشاق الحمل والولادة وأن جوهر الأمومة البذل والعطاء وأن الأم فى

(١) زاد المعاد ٤/ ١١٩.

(٢) (د/ أحمد شوقي - الإنجاب فى ضوء الاسلام ص ٢٢٠ - وفى نفس المرجع د/ زكريا البري ص ٢١٨ د/ محمد علي البار طفل الأنبوب ص ١٦١ د/ أمنية الجابر المرجع السابق ص ٢٠.

القرآن الكريم هي التي ولدت، وأنه متى حملت المرأة ذات زوج وولدت يكون النسب لها ولزوجها أيا كان مصدر الحمل سواء تلقيح صناعي أو زرع جنين أو غصب أو زنا باعتبار أن الولد للفراش^(١).

٢- ويستدل ذلك من آيات الذكر الحكيم حيث سماها الله والدة وجعلها أحق برضاع وليدها من الأجنبية^(٢)، لأنها ولا شك ستكون أحنى وأرق وأنتزاع الولد منها يكون إضرارا شديدا بهما علي السواء^(٣).

٣- الآيات القرآنية الكريمة الدالة بوضوح علي أن الأم هي التي تحمل وتلد وأن التخليق يكون في بطن الأم وذلك بصريح النص وبالتالي فإنه لا عبرة بالدلالة في مقابلة النص فينسب الولد التي حملت ووضعت ولزوجها وليس لصاحبة البيضة من تلك الآيات ما يأتي:

- قوله تعالى: **لَوَاللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا**^(٤).

وجه الدلالة:

الآية تدل علي أن التي ولدت وخرج منها الجنين وهي التي تسمى أما بصريح النص.

- وقوله تعالى: **أَوَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ**^(٥).

- وقوله تعالى: **إِن يَخْلُقْكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ**^(٦).

وجه الدلالة:

الآية تدل علي أن الإنسان أول خلقه في بطن أمه، حيث يكون نطفة أولا ثم يكون علقه، ثم يكون مضغة، ثم يخلق فيكون لحما وعظما وعصبا وعروقا وينفخ فيها الروح فيصير خلقا آخر، ويكون في ظلمات ثلاث، أي في ظلمة الرحم، وظلمة المشيمة التي هي كالغشاوة والوقاية علي الولد، وظلمة

(١) د. محمد مرسى زهره: المرجع السابق ص ٥٢٤ المراجع المشار إليها بالهامش.

(٢) د/ عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

(٣) تفسير القرطبي، ج ١، ص ١٧٢.

(٤) النحل: آية ٧٨.

(٥) لقمان: آية ١٤.

(٦) سورة الزمر من الآية ٦

البطن ، كذا قال ابن عباس - رضي الله عنهما - ومجاهد وعكرمة وأبو مالك والضحاك وقتادة والدي وابن زيد^(١).

- وقوله تعالى : [وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا]^(٢)

وجه الدلالة:

إن الله يأمرنا بالإحسان إلي الوالدين ، والحنو عليهما وخص الأم بزيادة فضلها لما قاسته بسببنا في حال الحمل من مشقة وتعب في حال الطلق والولادة^(٣).
- وقوله تعالى : (وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةُ فِي بَطُونِ أُمّهَاتِكُمْ)^(٤).

وجه الدلالة:

إن الآيات تدل علي أن التي ولدت وكان في بطنها الجنين هي التي تسمى أما وإليها ينسب الطفل^(٥). كما أن الله عز شأنه - يخبرنا بأنه أعلم بنا ، ونحن في بطون أمهاتنا ، فيكتب الملك الموكل بالجنين رزقه وأجله وعمله وشقي أو سعيد؟ فالتى في بطنها الجنين سماها أما^(٦).

- وقوله تعالى : "الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم وأنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وأن الله لعفور غفور..^(٧)"

وجه الدلالة:

إن الله تعالى صرح بأن الأم هي التي ولدت. وسلك إلي ذلك أقوى طرق القصر وهي النفي والإثبات ، فنفي الأمومة عن التي لم تلد الولد ، وأثبتها التي ولدت بمعنى أن التي لم تلد حتى لو كانت منها البيضة لا تسمى أما ، إنما الأم هي التي ولدت. فهذا الأسلوب جازم حاصر للمواد بالأمومية ، فلا أم في

(١) تفسير ابن كثير ج ٤ ص ٤٦

(٢) سورة الاحقاف من الآية ١٥

(٣) ابن كثير ج ٤ ص ١٥٧

(٤) النجم : آية ٣٢.

(٥) تفسير ابن كثير ٤/ ١٥٧.

(٦) ابن كثير ج ٤ ص ٢٥٧

(٧) سورة المجادلة الآية ٢

حكم القرآن إلا التي ولدت، كما أن اللفظ عام فيشمئها - علي أسوأ تقدير -
وكما يقول الأصوليون " العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب" ^(١). أي أنه
ينفي الأمومة عن التي لم تلد الولد ^(٢).

إن هذه الآية جاءت في سياق الرد علي المظاهرين. والمظاهر يقول
لزوجته: " أنت علي كظهر أمي"، فيدعي بهذه الكلمة أن زوجته أصبحت أما له
ويحرمها علي نفسه بناءً علي هذه الكلمة فجاء الرد من الله - عز وجل - بما
يفيد أن زوجاتكم لسن أمهاتكم وأنما أمهاتكم هن اللاتي ولدنكم. فهذا النص
الكريم يمكن أن يفهم علي أنه من باب القصر الإضافي وليس قصراً حقيقياً
والقصر الإضافي لا يفيد النفي في الحقيقة عن ما عدا المقصور عليه.

أ - إن هذه الآية وأن أفادت أن المظاهر منها ليست أما إلا أنها أفادت أن
الأم هي التي ولدت وكما يقول الأصوليون: فإن العبرة بعموم اللفظ لا
بخصوص السبب ^(٣).

(١) ابن كثير ج ٤ ص ٣٢١ تهذيب الفروق ج ١ ص ١١٤ القواعد للاسم / علاء الدين علي
بن علي البلعلي المعروف بابن اللحام ص ٣٠٧ قاعدة ٦١ - ط ٦١ - ١٩٩٤
م (تحقيق / أيمن صالح شعبان) والتعبير الذي اختاره القرآن الكريم ليكون جامعاً مانعاً
هو ما يعرفه علماء اللغة بأسلوب الحصر وهو في معرض التشنيع علي المزورين علي
مقام الأمومة (أن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم).

وإذا تأملنا في هذا التعريف لأذهلك أن رب العباد قد استعمل كلمة (أن) التي هي بمعنى
(ما) النافية - سلطها علي كلمة (أمهات) ففتحتها نفيًا عامًا شاملاً ثم ذكر كلمة (إلا)
وهي أداء استثناء من هذا النفي ليأتي ما بعدها اسم موصول محدد بصلته لا يخرج عن
إطارها (اللاتي ولدنهم).

وبهذا يكون معنى الجملة في النهاية أنه لا يكون لواحد منا أم حقيقية بهذا الإطلاق إلا
هذه الأم التي ولدت - ومفهوم هذا المعنى: أن التي لا تلد لا تسمى أما بحال من
الأحوال علي هذا المعنى الحقيقي. فما أبسط هذه العبارة وما أوضح دلالتها علي معناها
بحيث يفهمها المتعلم بطريقته ويفهمها العامي بفطرته.

(٢) د. محمد علي البار المرجع السابق ص ٦٧ و ١٨٣، الشيخ علي الطنطاوي ص ٤٨٨
و ٤٩٠ والشيخ بدر المنول عبد الباسط ص ٤٨٣ و ٤٨٧ ورأي الدكتور زكريا البري ص
١٦٧ و ١٧٠.

ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المرجع السابق
(٣) القواعد لابن اللحام ص ٣٠٧ القاعدة ٦١ - طبعة دار الحديث الطبعة الأولى ١٤١٥
هـ - ١٩٩٤ م

ب - إن محل النزاع إنما هو في الأم الحقيقية التي ينسب إليها الطفل ولم يقل أحد بأن الأم من الرضاع أم حقيقية، بدليل أنها لا ترث من الرضيع ولا يرث منها، وبدليل أنها لا تنفي صفة الأمومة عن أمه التي ولدته وأنما لها مكانة الأم في التكريم وتحريم الزواج فقط ولا إرث ولا نسب بينهما.

وكذلك أمهات المؤمنين، إنما هن أمهات في التكريم وتحريم الزواج فقط، بدليل أنه لا توارث بيننا وبينهن ويحرم علينا الخلوة بهن بل والنظر إليهن.

فمحل النزاع هنا: من الأم التي ينسب إليها الطفل؟ وقد حسم القرآن هذا النزاع بأسلوب الحصر الذي أتى لبيان الأم الحقيقية وهي التي ولدت ووضعت.

- ونوقش هذا الدليل بما يأتي.

أن التي حملت وولدت وإن سماها الله تعالى أما فإن هذا لا ينفي أن تسمى غير التي حملت وولدت أما أيضا، كالأم من الرضاع فهي وإن لم تحمل ولم تلد إلا أن - الله تعالى - سماها أما في قوله تعالى: **لَوَأْمُهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ...**^(١)

وكذلك أمهات المؤمنين، أمهات في الحرمة فقط، في الحقيقة ورغم ذلك سماهن أمهات.

- إن الله تعالى وأن سمي غير التي تلد أما، أن التي حملت وولدت سماها الله والدته، وجعلها أحق برضاع ولدها عن الأم الأجنبية لأنها أحني أرق، وأنتزاع الولد الصغير منها إضرار به وبها^(٢) إلا أنه لم ينف عن التي حملت وولدت صفة الأمومة الحقيقية، بل أثبت لها بأسلوب يدل علي تخصيصها بها وذلك في الآيات التالية: وقوله تعالى: **لَا تُضَارُّ وَالِدَةُ يَوْلَدِهَا**^(٣).

وجه الدلالة:

إن الأم والوالدة مترادفان، والوالدة اسم فاعل من ولد يلد، فكيف تكون والدته حقيقة ولا تكون أما شرعا؟ ومعلوم أن الحقيقة مقدمة علي المجاز

(١) سورة النساء من الآية ٢٣

(٢) القرطبي ج ١ ص ١٠٧٢

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٢٣

والوالدة حقيقية هي التي ولدت فكيف سماه الله ولدها^(١)، ويقرر المجتمع أنه غير ولدها، وأن أم الحقيقية التي ترثه ويرثها هي المرأة الأخرى التي لم تلده وهي صاحبه البيضة^(٢).

أما القول بأن الله تعالى - قصر الأمومة في آية (٢) من سورة المجادلة علي التي ولدت فقط فغير مسلم، لأن القصر هنا إضافي وليس قصراً حقيقياً. فالقصر عند علماء البلاغة ينقسم إلي قصر حقيقي وقصر إضافي، وذلك باعتبار غرض المتكلم^(٣).

وبالتطبيق علي الدليل السابق يتضح أن القصر هنا قصر إضافي: لأن الغرض من القصر تخصيص الأم بالولادة وقصرها عليها، بحيث لا تتعداها إلي شيء معين بالذات، هو المظاهر منها، أي أن لها صفة الولادة لا صفة الظهار، وهذا لا ينافي أن لها صفات أخرى غير الولادة فمن ترضع تسمى أما، ومن تؤخذ منها البيضة تسمى أما - في أطار أدلة وضوابط ثبوت النسب - ومن تحمل تلك البيضة المخصبة في رحمها تسمى أما، وهكذا فالقصر هنا قصر إضافي

(١) (الشيخ / علي طنطاوي أراء التلقيح ص ٤٨٩ وما بعدها بحيث منشور في ندوة الإلجاب في ضوء الاسلام).

(٢) المرجع السابق.

(٣) (الأستاذ / حامد عوني - المنهاج الواضح في البلاغة ص ١١٠ وما بعدها نشر مكتبة الجامعة الازهرية طبعة رابعة (١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م)

ومثال القصر الحقيقي: قولك: ما شوقي إلا شاعر، فان الغرض تخصيص شوقي بالشعر وقصره عليه بحيث لا يتعداه إلى شيء معين بالذات كالكتابة مثلاً أي أن له صفة الشعر لا صفة الكتابة، وهذا لا ينافي أن له صفات أخرى كالخطابة والتجارة مثلاً.. الخ.

والآية الكريمة التي معنا القصر فيها إضافي بدليل أن هناك نوعاً آخر من الأمهات وهو المرضعات وأمهات المؤمنين.

ويمكن الرد علي هذه المناقشة بما يلي: فالحقيقي: أن يختص المقصور بالمقصور عليه في الحقيقة والواقع، ألا يتجاوز المقصور المقصور عليه إلي غيره أصلاً، نحو ما خاتم الأنبياء والمرسلين إلا محمد^ﷺ فان الغرض: تخصيص ختمهما بمحمد - عليه الصلاة والسلام - وقصره عليه، بحيث لا يتعداه إلي غيره أصلاً. - ما الإضافي: فهو أن يختص المقصور بالمقصور عليه بالنسبة إلي شيء آخر معين أي بالاضافة إليه ألا يتجاوز المقصور المقصور عليه إلي ذلك الشيء المعين، وأن أمكن أن يتجاوزه إلي غيره،

بالنسبة للظاهر منها فقط أي بالإضافة إليها، وهذا القصر ورد رداً لاعتقاد المخاطب فلا ينتقي إلا ما كان معتقداً له لا لكل صفة من الصفات.

ثانياً - مدى إمكانية نسب المولود إلى المرأة صاحبة البويضة:

انقسم رأى الباحثين فى هذه المسألة إلى ثلاثة آراء:

الرأى الأول:

أن المرأة صاحبة البويضة وإن لم تكن أمه شرعاً فإنها ليست بأجنبية عنه بل هي بمثابة الأم من الرضاع.

وذلك لأن علة التحريم في الرضاع هي: الجزئية أو شبهتها - كما هو مقرر عند الحنفية - فأقل ما يقال: أن هذا الوليد فيه جزئية من صاحبة البويضة توجب حرمة الرضاعة.

ومن أيد هذا الرأى: مجمع الفقه الإسلامى في دورته السابعة المنعقدة بمكة المكرمة عام ١٤٠٤ هـ / ١٩٨٤ م.

الرأى الثانى

يرى أصحاب هذا الرأى إلى أنه لا اعتبار للعلاقة بين الولد وبين المرأة صاحبة البويضة وعملها هدر لا تترتب عليه أحكام. ويتأكد هذا بأن حرمة الزواج بالنساء تحريماً مؤكداً يكون لأحد الأسباب الأتية:

القربة أو النسب أو المصاهرة أو الرضاع كما هو مقرر في مذهب الشافعية ومشهور مذهب المالكية فالبنوة التي تبنى عليها الأحكام هي البنوة الشرعية وهي منتفية في الحالة السابقة.

نرى من جانبنا أن هذا غير صحيح؛ لأنها حاملة للصفات الوراثية. الفكرة ليست فى تغذية الدم لأن التبرع به لا يثبت الحرمة. ومن ذهب إلى هذا الرأى: الشيخ بدر المتولى عبد الباسط - رحمه الله تعالى - ومما يقول فى ذلك: "ألا ترى أن امرأة ما لو غدت طفلاً رضيعاً بدمها بالطرق المعروفة الآن هل يثبت بين صاحبة الدم وبين هذا الطفل حرمة الرضاع؟ والذي أقطع به: أن هذه المرأة لا تتجاوز أن تكون زوجة أب هذا الطفل، أما ما وراء ذلك من تعلق حرمة الرضاع بها بأصولها وفروعها وحواشيها فأمر موهوم أكثر مما هو متوقع".

الرأى الثالث:

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى أن النسب في حالة الرحم المستأجر يثبت لصاحبة البويضة المخصبة، وإلى هذا ذهب القائلون بجواز الحمل عن طرق الرحم المستأجر ووافقهم في ذلك القائلون بجوازه في صورة الضرة.^(١)
الأدلة التي استند إليها أصحاب هذا الفريق:-

- اهتم القرآن الكريم بالعوامل البيولوجية كأساس لثبوت النسب^(٢)، حيث ذكر في أكثر من موضوع أن الأصل في الإنسان النطفة وأنها أساس تكوينه، وهي المسماة بالنطفة الأمشاج^(٣)، وهكذا كما سبق ونظرا لأهمية النطفة علي النحو السابق، ذكرها الله - تعالى - في كتابه في اثني عشر موضعا، وذلك في الآيات التالية :-

قوله تعالى : [خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ]^(٤)، وقوله تعالى : [أَكْفَرْتَ بِالَّذِي خَلَقَكَ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّاكَ رَجُلًا]^(٥)، وقوله تعالى : [فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ]^(٦)، وقوله تعالى : [ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ]^(٧).

(١) د/ نعيم ياسين - الإنجاب في ضوء الاسلام ص ١٣٠ ، ٢١٩ د/ عبد الحافظ حلمي - الإنجاب في ضوء الاسلام ص ٢٢٣ ، ٢٣١ ، د/ محمد علي البار طفل الأنبوب ص ٦٨ د/ عبد الحميد عثمان - روح القوانين ص ٧٥.

(٢) تبدأ بالعمل الجاد والأنشطار منذ لحظة تخصيبها، أى أن الخلية تصبح خليتين والخليتين أربع.. علقه وتنمو العلقه عن طريق امتصاص الغذاء من البرك الدموية الرحمية وفي هذه الفترة يكون الإتصال بين دماء الام وخلايا التغذية في الجنين اتصالا مباشرا، وتتغذي الكرة الجرثومية من هذه الماء، كما أنها تتغذي بإفرازاتها الغدد الرحمية النبي يبلغ عددها ١٥٠٠٠ غدة رحمية تفرز جميعها. ما يسمى بلين الرحم الذي تتغذي عليه العلقه وتتطور العلقه بعد ذلك الي مضغة

(٣) د/ محمد علي البار - خلق الإنسان بين الطب والقرآن ص ١٩٨ وما بعدها ط ثالثه سنة ١٩٨١

(٤) سورة النحل الاية ٤

(٥) سورة الكهف من الاية ٣٧

(٦) سورة الحج من الاية ٥

(٧) سورة المؤمنون الاية ١٣

وقوله تعالى : " ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ " (١).

وقوله تعالى : [وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ] (٢).

وقوله تعالى : [أَوَلَمْ يَرَ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ] (٣).

وقوله تعالى : [هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ] (٤).

وقوله تعالى : [وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى (٤٥) مِنْ نُطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى] (٥).

وقوله تعالى : [أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَى] (٦).

وقوله تعالى : [إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا] (٧).

وقوله تعالى : [مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ ❖ مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَّرَهُ] (٨).

فهذه الآيات تدل علي أن الإنسان خلق من نطفة أى بيضة ملقحة بماء يخرج من بين الصلب والترائب ، ونقل بعدها أطوار إلي أن ولد ونشأ (٩) مما يدل علي أن الولد ينسب لصاحبة البيضة التى خصبت بماء زوجها وفقا للحقيقة البيولوجية التى ذكرها القرآن الكريم (١٠).

- التلقيح الخارجى يتم عن طريق أخذ حيوان منوي من الرجل وبويضة من المرأة وتلقيحها خارجياً في أنبوب بوسيلة طبية معينة ويكون النسب للآب والأم والتلقيح بأخذ بيضة الأم وتلقيحها بماء الرجل ثم زرعها في رحم أخرى لا يفترق عن التلقيح في أنبوب إذا اعتبرنا أن رحم الأم المستعارة مجرد

(١) سورة المؤمنون الآية ١٤

(٢) سورة فاطر من الآية ١١

(٣) سورة يس الآية ٧٧

(٤) سورة غافر من الآية ٦٧

(٥) سورة النجم الايتان ٤٥ ، ٤٦

(٦) سورة القيامة الآية ٣٧

(٧) سورة الأنسان الآية ٢

(٨) سورة عبس الايتان ١٨ ، ١٩

(٩) الجامع لأحكام القرآن للقراطي ج ٥ ص ٣٧٩٢

(١٠) د / محمد المرسي زهرة - الإنجاب الصناعي ص ٥٢٢ وما بعدها

أنبوب. أليس القول بأن النتيجة واحدة فالبويضة من الأم والماء من الأب كيف؟
ما كان لينمو^(١).

- المرأة صاحبة الرحم لا تعطي الطفل إلا الغذاء ولا يستفيد منها سوى ذلك ولا تعطيه لأي صفة وراثية^(٢) حيث أن البويضة المخصبة خارج الرحم لا تتأثر عند نقلها إلى رحم الزوجة الثانية بالعوامل الوراثية للأخيرة.

- النسب للأم صاحبة البويضة مهما كانت الأم ومهما أرضعت الموضع^(٣). الجنين يتكون من البيضة المنقولة من الأم الحقيقية التي أعطت البيضة التي تحمل جميع الخصائص والصفات الوراثية التي أودعت في رحمها وانتقلت إلى الجنين، فالأم التي حملت هي حاضنة وتعامل علي أنها مرضعة، لأن الجنين تغذى بدمائها واحتضن برحمها وربى في بطنها^(٤) حتى أرضعته ويترتب علي ذلك الآثار التي يربتها القانون في حالة الرضاعة.

- عدم اختلاط الأنساب في هذه العملية مأمون ويختلف عن الزنا، فمادة الزنا أن الحيوانات المنوية يقذفها الرجل في بطن هذه المرأة ويتم إلتحامها بأي بويضة تلتقي بها أو تنزل إليها من المبيض إلى الرحم وهو ما يفرق بين هذه العملية والزنا^(٥).

وقد نوقش هذا الدليل بما يأتي:

النسب لا يعتمد علي العوامل الوراثية وحدها ، وأن كان لتلك العوامل أهمية كبرى في صفات الخلق ، إلا أن النسب أوسع من ذلك وأشمل علميا وشرعيا. وأيضا فإن الولد في الآن ، وهو الاتجاه الطبي الجديد أن الإنسان نتاج العوامل الوراثية وتفاعلها مع البيئة المحيطة ، وأشد هذه البيئات التصاقا به هو

(١) د. محمد فوزي ضيف الله : ندوة الإنجاب في الإسلام ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧.
(٢) د. محمد نعيم يس : ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام نظمها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويت ٢٤ الي ٢٦ مايو ، ١٩٨٣ ، ص ٢١٩. وهاشم جميل عبد الله : المرجع السابق ص ٨٣

(٣) المرجع السابق.
(٤) عبد الحافظ حلمي : ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام ، المرجع السابق ، ص ١٧٣ و ٢٢٣.

(٥) د. محمد نعيم يس : المرجع السابق.

رحم أمه فبصرف النظر عن الكروموزومات التى تحمل الشفرة الوراثية إلا أن هذا السلوك الوراثي يتأثر بالبيئة ، فالإنسان الذي يحمل كروموزومات تجعل عنده استعداد لمرض السكر ، وقد لا يمرض بالسكر أيضا إلا إذا تعرض ووضع في بيئة تجعل مرض السكر يظهر عليه. وكذلك الطفل قد يحمل كروموزومات المبيض الأصيل الذي استنبط منه. ولكن وجوده وتكوينه وتغييره صحيا وجسميا متأثر بالرحم ، الذى حمل فيه ، فالفكرة من الناحية الطبية غير مستغربة أن ينسب الولد التى حملته وولدت له لزوجها^(١).

القول بأن ثبوت النسب يتوقف على العوامل البيولوجية فقط غير مسلم ، لأن الشرع الحنيف ونصوص الفقهاء تدل بوضوح على أن النسب وأن كان أصله الماء من أى البيضة والحيوان المنوى ، إلا أن يكون محترمين أى معتبرين شرعا سواء في حال الإخراج أو في حال الإدخال أو فيهما ، وإلا أنهما يصبحان هدرا لا حرمة لهما مطلقا ، فالعوامل البيولوجية معتبرة إذا كانت في الإطار الذي رسمه الشارع ، وهذا الإطار مضبوط في ثبوت النسب بالأسباب الآتية من فراش أو بينة... الخ ، وعلى ذلك فالأم البديلة التى ليست بفراش الزوج صاحبة البيضة المخصبة لا يثبت نسب المولود منها لصاحبي البيضة المخصبة ، بل هذا التصرف لا يجوز شرعا لأنه تم في غير الإطار الذي رسمه الشارع الحكيم -

فالأم المستأجرة هنا لم تحمل بمقتضى زواج صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو بملك اليمين ، ولكن بإدخال حيوان منوي وبيضة أجنبية عنها مخصبة بهذا الحيوان المنوى مما يعد في معنى الزنا والسحاق الموجبين للعقوبة ، وعدم اعتبار النسب منهما لغير ما مطلقا مثلها في ذلك مثل الزاني فإنه وأن علم أنه أب بيولوجي للمولود من زنا إلا أنه ليس بابا شرعيا ، فالمدار في ذلك كله على اعتبار الشرع وعدم اعتباره والشرع وأن تشوف لثبوت النسب وأثبتته ، بمجرد الأمكان - إلا أنه اشترط أن يكون ذلك في إطار علاقة من العلاقات التى رتب عليها الشارع هذا الأثر ، والأم البديلة لاتدخل تحت أى علاقة من تلك العلاقات البتة ، بل أنها وأن لم يصدق عليها وصف الزنا ظاهرا إلا أنه يصدق

(١) د/ ماهر حتحات - الإنجاب في ضوء الاسلام ص ٢٣١ ، ٢٣٢ وفي نفس المرجع د/ أحمد شوقي ص ٢٢٠ ، ٢٢١ الشيخ بدر المتولي عبد الباسط ص ٤٨٥

عليها معناه ، فظاهر الزنا أو صورته المادية تتمثل في الإيلاج إما حقيقته ومعناه وهو أنزال المنى، لما يترتب عليه من اختلاط الأنساب فأنزال المنى في الفرج عن طريق الجماع يسمى جماعاً صورة ومنى ، أما أنزاله فقط يسمى جماعاً معني^(١).
القياس علي الثمرة فإن الثمرة بنت البذرة لا بنت الأرض، فمن يزرع برتقالاً يجنى برتقالاً مهما كانت الأرض المزروع بها، ومن يزرع تفاحاً يجنى تفاحاً، فالأرض وأن كانت تجهز البذرة بكل ما تحتاج إليه إلا أنها لا دخل لها بنوع أو جنس النبات الذي سينمو فيها. وكذلك شتل الشجر بعد نموه وكبره فينقل الى مكان آخر فتنسب الشجرة إلى البذرة وليس إلى التربة.
ويناقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أنه قياس مع قيام الفارق فهو مردود.
الثاني: أن هذا القياس قياس الصوري والقياس الصوري أضعف أنواع قياس الشبه عند الأصوليين
- أن البيضة المخصبة " النطفة الأمشاج أو الجنين المجدد " لو زرعت في رحم صناعي علي فرض أن العلم قد أنجز ذلك - فإن الجنين الناتج عنها سينيب قطعاً لصاحبه البيضة المخصبة ولزوجها صاحب الحيوان المنوي ، وإلا فالقول بغير ذلك سيؤدي إلي أنه هل سينسب للرحم الصناعي مثلاً !! أي أنه سيقال بأنه ابن للرحم الصناعي - وهذا غير مقبول عقلاً وشرعاً.
وقد تمكن التقنيات المتطورة لفكرة خزانات - وهي بمثابة رحم صناعي - الحمل الصناعية من إيلاد الطفل دون حمل التالبي: وذلك بإيداع النطفة الأمشاج رحم صناعي مجهز لأحتزاء تلك النطفة مع ضمان وصول الغذاء إليها عن طريق أنابيب وينفس الشكل الذي يحصل في الأرحام الطبيعية لتتوالى انقساماتها ليولد الطفل بطريقة صناعية محضة ليس متوفرأ فيها أي من معاني الحمل والوضع حينئذ لا يجد الطفل نسباً له جهة الأم إلا ناحية أمه صاحبة الأصول الوراثية لتكوينه الجسدي.

(١) راجع في ذلك: بنوك النطف والأجنة ص ٢٧٣ ، ٢٧٤ لاستاذنا/ الدكتور عطا عبد العاطي السنباطي.

وهكذا افترض أصحاب الرأي المؤيد لنسب المولود لصاحبة البيضة هذه الصورة ووضعوا لها حكمها وذلك علي النحو التالي :

وقد وجدنا في كتب الفقهاء الأوائل ما يؤيد وجهة النظر التي نناصرها جاء في حاشية البجيرمي "فرع وقع السؤال في الدرس عما لو كان لشخص أمتان فوطئ أحدهما وحملت منه فوضعت علقه فأخذتها الأمة الثانية وضعتها في فرجها فتخلقت وولدت ولداً فهل تصير الأمة الثانية مستولدة أو لا اعتمد شيخنا أنها لا تصير مستولدة بذلك لأنه لم ينعقد من منيه ومنيها في هذه الحالة ويلحقه الولد"^(١).

وجاء في تحفة الحبيب علي شرح الخطيب المسماة بحاشية البجيرمي علي الخطيب نفس المعني ولكن بعبارة أخرى فقال^(٢). (ما لو وطئ السيد أمة فألقت علقه فأخذتها أمته الأخرى فتحملت بها فحملتها الحياة ثم ولدت فهل يحكم للثانية بالاستيلاد، قال الشيخ حمدان فيه نظر، واستقرب - أي الشيخ علي الشبراملسي - أنها لا تصير أم ولد لأنه لم ينعقد من منيها ومنيه في هذه الحالة ..) فالواضح أن العلقه لا تكون كذلك إلا في مرحلة تالية لإخصاب البيضة، فإذا زرعت في رحم الأخرى فإنه نفي عن الحامل ثبوت نسب الولد ونسبة للسيد - صاحب المنى المحترم في نظره - ولصاحبه البيضة - ومعلوم أن ثبوت النسب في فراش الملكية فرع لثبوته في فراش النكاح.

كما نص علي ثبوت النسب لصاحب الحيوان المنوي وصاحبه البيضة - إذا كانا محترمين - في حالة الرحم المستأجر صراحة الأمام الشبراملسي في حاشية، حيث جاء فيها^(٣).

(١) حاشية البجيرمي علي شرح منهج الطلاب، ج ٤، المكتبة الإسلامية للنشر، ديار بكر، تركيا، ص ٤٤٤.

(٢) تحفة الحبيب علي شرح الخطيب المسماة بحاشية البجيرمي علي الخطيب لسليمان بن عمر بن محمد البجيرمي الشافعي (١٢٢١ هـ ١٨٠٦ م) ج ٤ ص ٤٩٠ دار الفكر

(٣) حاشية الشبراملس من نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٤١ طبعة مصطفى الباني الحلبي - طبعة أخيرة (١٣٨٦ - ١٩٦٧ م) والملاحظ أن الفقهاء القدامي الذين نصوا علي مسألة الرحم البديل وثبوت النسب فيه ذكروه في ابواب الرق وامهات الأولاد والتي فيها الأحكام ما يحل قضايا كثيرة شائكة والتي نص علي احكامها ووضع الحلول المحاسبة والدول الأوربية بل في العالم كله حائرة وعاجزة أما تلك المشاكل والتي نص علي احكامها

ذلك أن الحمل والوضع والإرضاع ما هي إلا مستلزمات التطابق الوراثي بين الأم ووليدها، بمعنى أن الأم التي وردت في القرآن وذكر من صفاتها الحمل والوضع والإرضاع ما هي إلا الأم البيولوجية صاحبة البويضة، فتلك حقيقة مفترضة انطلقت منها المستلزمات الأمومية الأخرى من الحمل والوضع والإرضاع. لذا فلم يفترض في الأمومة إلا أن تكون الأم هي صاحبة. **تقييم الباحث:**

بداءة نود التنويه إلى أننا نناصر الرأي الذي ينادي بحرمة ممارسة الأرحام المستخدمة، وذلك حتى لا يفهم من خلال تناولنا لترجيح أحد الآراء أننا نؤيد ممارسة هذا العملية لأنها محرمة شرعاً. **- بالنسبة للنسب من جهة الأم:**

تلك هي الآراء السابقة وأدلتها فمن يرى أن النسب ثابت للأم البيولوجية ومن يرى أن النسب ثابت للأم صاحبة الرحم المستأجر، ونحن نرى صحة الرأي الأول القائل بأن المرأة صاحبة البويضة وأن لم تكن أمه شرعاً فإنها ليست بأجنبية عنه بل هي بمثابة الأم من الرضاع. بمعنى أن النسب يثبت للأم البيولوجية والأم بالرحم معاً شأنهم شأن الأم البيولوجية والأم الرضاعية ووزع وصف كل منهما على أساس مدى علاقة وتأثير كلا منهما على الجنين وذلك لاشتراكهم في تكوين الجنين **ويرجع ذلك من خلال الأدلة الآتية:-**

١- أوجه الشبه بين أهمية دور كلا من الأم بالرحم والأم الجينية وتكامل كلا منهما:
أن الأم الحقيقية علي مر العصور مروراً بوقت نزول القرآن هي محصلة الصفات التي هي صاحبة الحمل والوضع وهي ذاتها وفي الوقت نفسه صاحبة

ووضع الحلول المحاسبية فقهاؤنا القدامى - رحمهم الله تعالى - من قرون عدة وبأسلوب يتفق مع المعطيات الطبية الجديثة في مجال بيولوجيا الإنجاب والتي لم تكن معروفة ولا متصورة في عصورهم وهذا أن دل على شيء فإنما يدل على سعة أفقهم قوة ادراكهم وحدة عقولهم وعلي كشف الله لهم من أسرارهِ في عصور كانت وسائل المعرفة المتاحة لهم فيها محدودة ولم تكن قد وصلت الي ما وصل اليه الطب الحديث في هذا العصر ما جعلهم يفترضون مسائل ويضعوا لها.

النفطة، فكل مولود له بأمه عدة صلوات تكون محصلتها نزوله بأكمل صورة: صلة تكوين ووراثه وأصلها البويضة وصلة حمل وولادة وحضانة وأصلها الرحم بإطلاق الأم علي التي حملت ووضعت فقط من غير أن تكون البويضة منها إطلاق علي غير الهيئة الكاملة لها والعكس أيضاً فيه ظلم لها وإطلاق الأم علي صاحبة البويضة دون الحمل ومشقة أوضع أيضاً علي غير الهيئة ولكننا نرى أن أقل ما يقال: أن هذا الوليد فيه جزئية من صاحبة البويضة توجب حرمة الرضاعة. إذا فكلاهما مشتركات في تكوين الطفل وبالتالي تعلق حقه بهما معا.

- ونستدل من سنة رسول الله - ﷺ - أن لثبوت النسب يشترط أن يكون المائين محترمين حال الإدخال ولا يشترط ذلك حال الإخراج.

أن النبي - ﷺ - جعل الغلام ابناً لزمنة مع ظهور أنه ليس ابناً لزمنة وجعل الحكم "الولد للفراش" فالحقيقة العلمية ليست بالضرورة هي الحقيقة الشرعية فالشرع يحكم بالظاهر والحقيقة علمها عند الله تعالى. ويستدل من أن القرآن الكريم:

ل... وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ... (١)
وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ... (٢)
إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ (٣)

وهذه النصوص القرآنية قطعية الثبوت ودالاتها واضحة علي أن الأم هي التي حملت وولدت (٤).

أن الجنين موضوع داخل رحم الأم ونرى أن عموم هذه الآيات يخدم القضية حيث يمكن أن تطلق علي الأم بالرحم والأم الجينية.

٢- احتمالية انتقال الصفات الوراثية من الأم بالرحم إلى الجنين:

حتى يومنا هذا لم يصل علم الطب إلى حقيقة علمية ثابتة بشأن العلاقة بين الجنين والأم داخل التجويف الرحمي في حالة تأجير الأرحام، لذلك لا يمكن

(١) سورة النجم: من الآية ٣٢.

(٢) سورة النحل: من الآية ٧٨.

(٣) سورة المجادلة آية ٢

(٤) المرحوم الإمام الشيخ أحمد إبراهيم بك - واصل علاء الدين أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص ٥٤٨.

التسليم بالرأى الذى يقول أن الجنين لا يستفيد من صاحبة الرحم المستأجر غير الغذاء ، مبدئيا هذا كلام غير سليم لأنه بجانب الوسط البيئي الذى يحيط بالجنين فى الرحم هناك وسط بيئي أكبر يحيط الجنين والأم معا. وهو الوسط الاجتماعي الذى تعيش فيه الأم. وهذا ما كان ينصحنا به الأطباء أثناء الحمل وهو أن لا بد من ألا تتعرض الأم إلى أى ضغوط نفسية. وأن تعيش فى جو هادى لأن كل هذا يؤثر على الجنين. فلا بد من ألا نسلم بالرأى الذى يقول أن الجنين لا يأخذ سوى الغذاء من الأم بالرحم. كما أنه يرى بعض الأطباء أن الرحم يؤثر فى الصفات الوراثية للجنين وليس مجرد عامل مساعد كما يدعى. فأنشاء نمو البويضة الملقحة يمكن أن تضاف بعض الصفات الوراثية إليها من الأم التى تغذيها عن طريق المشيمة من الرحم فالحمض النووي الذى الجزء من الحمض يتأثر بالبيئة المحيطة به أثناء نمو الجنين فى الرحم فالأم المستأجرة تضيف بعض الصفات الوراثية على الجنين.

٣- مركز الأم الرحمية بالنسبة للأم الجينية

كما أنه لا يمكن القول بأن الأمومة تنصرف إلى الأم التى حملت وعانت مشاكل الحمل والولادة والاحتمال والبذل والمشقة على عكس الأم صاحبة البويضة التى اقتصر دورها على مجرد إفراز بويضة دون حمل وولادة أو أية مشقة ومتاعب مما ينفي.

النسب عنها ويثبت للأم التى حملت وولدت ؛ لأن هذا فيه ظلم وإجحاف على الأم الجينية لأن لجوءها إلى الإنجاب بتلك الطريقة فى الغالب يكون بسبب عجزها عن أن تصبح أما فلا يمكن أن نستهيى بأن اصل البذرة الجينية منها المتمثلة فى بويضتها. ولكن لا يعنى ذلك أن نزعهم بتساوى دورهم فى الأمومة فنرى أن الأم بالرحم المفترض أن ينسب إليها المولود على أن تكون هى الأم الأصلية له وهذا لعدة أسباب سبق وأن ذكرناها التى منها بصفتها صاحبة الفراش. أما الأم البيولوجية فينسب لها الجنين قياسا على الأم بالرضاعة.

ثالثا: حكم المصاهرة بين المولود بأمه صاحبة الرحم أو أمه صاحبة البويضة:

الرأى الأول: وهم أصحاب الرأى القائل بأن الأم النسبية هي صاحبة

البويضة.

يروا وجوب حرمة المصاهرة بين المولود وصاحبة البويضة فهي تحرم علي أصوله وفروعه وهو يحرم علي أصولها وفروعها ويرى أن صاحبة الرحم في حكم الأم من الرضاع فتأخذ أحكام الأم الرضاعية في التحريم فتترتب عندهم قاعدة "يحرم من إجارة الأرحام ما يحرم من الرضاع" فتحرم علي أصوله وفروعه ويحرم علي أصولها وفروعها.

الرأى الثاني: وهم أصحاب الرأى القائل بأن الأم النسبية هي صاحبة الرحم.

يروا وجوب حرمة المصاهرة بين المولود وصاحبة الرحم فهي تحرم علي أصوله وفروعه وهو يحرم علي أصولها وفروعها ويرى أصحاب هذا القول أن صاحبة البويضة تأخذ أحكام الأم الرضاعية لعل الجزئية فتحرم علي أصوله وفروعه ويحرم علي أصولها وفروعها.

ويرى البعض من هذا الإتجاه أن علاقة صاحبة البويضة كالأم المرضعة وذلك لأن الحنفية اعتبروا علة التحريم في الرضاع هي الجزئية أو شبهتها فأقل ما يقال إن هذا الطفل فيه جزئية من صاحبة البويضة توجب حرمة الرضاعة. علي أن صاحب هذا الرأى^(١) لا يستريح لهذا التخريج ويرى أن عملها هدر لا تترتب عليه أحكام. وآخرون قالوا: "إنها تحرم عليه لأن هذا الطفل متفرع عنها كما تفرعت ابنة الزنى عن أبيها فهي قد قدمت نطفتها البويضة - أي قدمت فرعاً منها كما قدم الرجل نطفته أي فرعاً منه... وتكون صاحبة البويضة ليست أمه التي ينسب إليها ولكنها تأخذ نفس حكم الأم النسبية من حيث التحريم"^(٢).

(١) بحث: آراء في التلقيح الصناعي / للشيخ بدر المتولى عبد الباسط / ندوة الإنجاب / ص ٤٨٥.

(٢) (إن الشافعية الذين يرون أن الزنى لا تترتب عليه قرابة ولا حرمة مصاهرة بالنسبة إلى الرجل الزاني ويجيزون أن يتزوج الزاني بابتنته من الزنى يقرون عكس ذلك تماماً فيما بين ولد الزنى وأمه فيحكمون بثبوت نسبه من أمه وتبعاً لذلك حرمة النكاح، كما يقرون جريان التوارث بينهما: فترث منه أمه ويرث منها بل نقلوا الإجماع علي ذلك) أطفال الأنابيب بين العلم والشرعة / زياد أحمد سلامة / ص ١٧٩. مقال: طفل الأنبوب. / المسيراث / الشيخ مصطفى الزرقاء / مجلة الأمة / العدد ٢٨ / ص ٦٢.

الفرع الثاني

بالنسبة للنسب من جهة الأب^(١) Paternhood

أولاً: آراء العلماء حول نسب المولود جهة الأب:

اختلف العلماء المعاصرون في نسب الطفل المولود من عملية الرحم المؤجر من حيث ثبوت نسبه من صاحب النطفة الذكرية، أو من صاحب الفراش. **الرأي الأول:** ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن نسب الولد يثبت من صاحب الفراش وهو زوج المرأة التي تم وضع اللقيحة في رحمها تبرعاً منها لحمله أو باستئجار رحمها كما يروا أن (يثبت نسب الجنين من أبيه وأمه وهو في بطن أمه، لأن الأصل في ثبوت النسب عقد الزوجية)^(٢) قوله عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش)

الأدلة:

وقد استدل هذا الفريق بقوله عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

أن الحديث حصر نسبة الولد في الفراش، ولا شك أن صاحب الفراش في موضوعنا هو زوج المرأة الأجنبية - الأم المستعارة أو الرحم الظئر - فعلى هذا لا ينتفي الولد عنه شرعاً إلا بلعان، كما هي القاعدة في الفقه الإسلامي.

وجاء في متن المنهاج وشرحه بحاشية العلامة الشرواني في باب ما يحرم من النكاح ما نصه متناً وشرحاً: (والمخلوقة من "ماء" زناه تحل له لأنها أجنبية عنه إذ لا يثبت لها توارث ولا غيره من أحكام النسب. نعم يكره له نكاحها للخلاف فيها. ويحرم علي المرأة وعلي سائر محارمها ولدها من زنا" إجماعاً لأنه بعضها وانفصل منها إنساناً، ولا كذلك المنى، ومن ثم أجمعوا علي إرثه) وعلق العلامة "الشرواني" في حاشيته علي جملة (ولا كذلك المنى) بقوله: "أي منى الرجل، يعني لم ينفصل منه إنساناً" وعلق أيضاً علي جملة: "ومن ثم أجمعوا هنا علي إرثه" بقوله: "أي من أمه" (المنهاج وشرحه تحفة المحتاج بحاشية الشرواني وابن قاسم/ج ٧/ص ٢٩٩

(١) بادئ ذي بدء سارت القوانين الوضعية على نهج الفقه الإسلامي فارتكزت بذلك علي المعيار الوراثي لثبوت النسب جهة الأب من خلال ثبوت فراش الزوجية -

(٢) النظريات الفقهية / د. محمد الزحيلي / دار العلوم / دمشق / الدار الشامية بيروت / ط ١ / ١٩٩٣م / ص ١٣٨ - د. محمد الأشقر ندوة الإنجاب / ص ٢٢٨ .

ويرى أصحاب هذا الرأي أن صاحب النطفة الذكرية قد أهدر ماءه ولم يلحقوا به النسب لأنهم حملوه على الزاني الذي ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم إلحاق النسب به.

- **الرأي الثاني^(١)** : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن نسب الولد يعود إلى صاحب النطفة الذكرية الأصلي لا من الزوج صاحب الفراش.
الأدلة:

- أن الولد يخلق من ماء أبيه ، وقد قاسوا هذه المسألة على الوطء بشبهة أو من نكاح فاسد ، الذي رجح الفقهاء فيهما ثبوت النسب من الواطئ^(٢).

- بالرغم من وجهة الرأي القائل بلحوق الجنين لصاحب الفراش إلا أننا لم نسلم بالمبررات التي أعتمد عليها أصحاب هذا الرأي في استدلالهم بالحديث الشريف وذلك للأسباب الآتية

- لأن الجنين ينسب لصاحب الفراش إذا عرف نسب الولد لصاحب الفراش ، وهو الزوج.

- إذا تنازع الزاني وصاحب الفراش فيقدم صاحب الفراش ، هذا إذا حكم على صاحب النطفة الذكرية أنه زاني وبإتفاق العلماء والفقهاء وبقرار من المجامع الفقهية يقدم صاحب الفراش على الزاني ولكن الخلاف ما زال قائماً في هذا المقام ، أما هنا فصاحب الماء معروف علمياً بل هو معين ومتعين ، وكذلك يمكن القول أيضاً أن الحديث لا يفيد الحصر بدليل أن الولد يثبت بدون فراش ، كما في وطاء الشبه واستلحاق ولد الزنى إن استلحقه ولم يصرح بأنه من الزنى ، فالحديث خرج على الغالب لا الحصر وعليه فإن المراد (بالولد للفراش هو الولد الذي تترتب عليه أحكام الشرع).

(١) مقال : رد فقهي على تساؤلات مقال / د. يوسف القرضاوي / مجلة العربي / ع ٢٣٢ / ١٣٩٨ هجرية / ص ٤٦.

(٢) أحكام النسب في الشريعة الإسلامية (طرق إثباته ونفيه) / د. علي محمد يوسف المحمدي / دار قطني بن الغجارة / ط ١ / ١٩٩٤م / ص ٢٢٦.

ويجب الاخذ في الاحتياط من إختلاط الأنساب^(١) بأن المولود الذي ولدته تلك المرأة صاحبة الرحم ، يحتمل أن يكون من لقيحة المرأة الأجنبية صاحبة الرحم ، ويحتمل أن تكون هذه اللقيحة التي أدخلت في رحم صاحبة الرحم قد ماتت ثم نشأ الطفل من لقاء الزوج بزوجته ، وهذا الاحتمال يؤكد لنا أن الولد يمكن أن يكون من صاحب الماء الملقح فينبغي إلحاقه به ، ويمكن أن يكون من ماء الزوج صاحب الفراش فينبغي إلحاقه به ، فنحتاج عندئذ إلي مرجح يثبت النسب وعندئذ نلجأ إلى قواعد ثبوت النسب والتي منها (الولد لصاحب الفراش) وأخيرا بالرغم من الانتقاد الذي وجهته إلى أصحاب الرأي الأول إلا أنني أجد الرأي الأقرب إلى الصواب من غيره.

ينبغي أخذ التدابير الاحتياطية تجاه ذلك " بجعل الأولاد الناتجين من تأجير الأرحام أن يحتجبوا من أخواتهم من زوج الأم الجينية وزوج الأم الرحمية وإخوانهم من الأم بالرحم والأم الجينية لأنه يحرم ما في النسب ما يحرم ما في الرضاة وهذا عملاً بقول الله تعالى : اَحْرُمْتُ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ

(١) وهناك واقعة أثارت ضجة ولغطاً قانونياً في بريطانيا حيث أنجبت أم بيضاء بريطانية طفلتين توأمين سوداوين بعد خطأ حصل خلال عملية التخصيب ما أثار لغطاً قانونياً مقروناً بمأساة إنسانية لم يسبق للبلاد أن شهدت مثلاً.

- وتصدرت هذه المأساة العناوين الكبرى للصحف البريطانية وأحيلت هذه القضية إلي المحاكم ، بعد أن قررت الأم الشابة الاحتفاظ بالطفلتين وحددت جلسة في المحكمة العليا في تشرين الأول لتحديد هوية الأب ثم البت في مسألة جوهريّة وهي حضانة الطفلتين فلمن سيعهد بتربيتهم إلي الأم البيضاء التي حملتهما واعتنت بهما منذ ولادتهما أم إلي الأب البيولوجي الأسود وزوجته؟

ولإزاء الأصداء الإعلامية التي لقيتها القضية حظرت الشرطة على الصحافة كشف هوية العائلتين المعنيتين واسم التوأمين والعيادة حيث ولدتا مقال : (ولادة سوداوين لأبوين أبيضين تثير لغطاً قانونياً في بريطانيا) جريدة الشرق / الأربعاء / ١٠ تموز ٢٠٠٢ م / السنة ٧٦ / ع ١٥٩٦٩ / بيروت - لبنان / ص ١٦.

عَلَيْكُمْ وَخَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ
سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً^(١).

ثانياً: حكم المصاهرة بين المولودة بصاحب النطفة الذكرية:

تعددت الآراء حول حكم المصاهرة بين المولودة من إيجار الرحم
وصاحب النطفة المتكونه منها المولودة

- **الرأى الأول:** ويرى أنصار هذا الرأى^(٢) أن الأب الحقيقي والشرعي
هو صاحب النطفة الذكرية.

وجوب حرمة المصاهرة بين صاحب النطفة الذكرية والمولودة، فإذا كان
المولود ذكراً فبنات الرجل صاحب النطفة الذكرية هن أخوات للطفل، وأخوات
الرجل عمات للطفل وأولاده أخواته.

وإذا كانت أنثى فأبناء صاحب النطفة الذكرية بمثابة الأخوة المولودة،
وأخوة الرجل أعمام المولودة وأولاده أخواتها.

(١) أما عن القانون الفرنسي فقد أخذ تقريباً بنفس الأحكام السابقة فالمادة ٣١٢ من القانون
المدني الفرنسي تنص علي أن الطفل الذي يبدأ حمله أثناء علاقة الزواج يعد الزوج أب
له

وقد تقرر للزوج فبموجب نص المادة ٣١٦ مدني فرنسي للزوج أن ينكر نسب الطفل
خلال عشرة أشهر من تاريخ حصول الولادة إذا علم بها الزوج أو من تاريخ اكتشاف
الغش الذي أخفي علي الزوج بإخفاء واقعة الولادة عنه. ولم يقصر المشرع الفرنسي
حق أنكار النسب علي الزوج فحسب وإنما منحه لكل ذي مصلحة كالزوجة والورثة
فلهم جميعاً أن ينقروا النسب في صورة الاعتراض علي أبوة الزوج وذلك في مدة زمني
قدره ثلاثون سنة تحسب من تاريخ الولادة.

كما تنص المادة ٣٣١ علي أن أقل مدة للحمل هي مائة وثمانون يوماً وأقصى مدة
للحمل هي ثلاثمائة يوم.

ولا جدال من أن تلك القاعدة التي أقرتها القوانين الوضعية هي مجرد قرينة بسيطة يمكن
للزوج أن يثبت عكسها وذلك من خلال أن يسلك الوسائل الشرعية لنفي النسب وهو
ما يسمى باللعان^(١) وذلك عن المدة التي حددها القانون خلال سبعة أيام من حصولها
إذا كان حاضراً أو من وقت العلم بها في حالة غيابه شريطة أن لا يكون قد صدر منه ما
يدل علي الاعتراف الصريح أو الضمني بالوليد.

آيه ٢٢ سورة النساء

(٢) وتجاوز هذا الفريق احتمال موت اللقيحة وأن يكون الحمل من منى صاحب الفراش
بالحمل الطبيعي.

الرأي الثاني: اعتبر أن النطفة الذكرية كالزاني أو شبيه به لأن منيه دخل رحم غير مباح ولا يربطه فيه أي رابط شرعي. فيأخذ أحكام الزاني في المصاهرة بينه وبين المولودة، والفقهاء الأقدمون تناولوا مسألة (ابن الزنا) بإستفاضة ذهبوا في مذهبين:

المذهب الأول: الشافعية^(١): وبه قال الإمام الشافعي إلى نفي حرمة المصاهرة بينهما فيجيز فيه زواج الرجل من ابنته من الزنا مع الكراهية. وكذلك الحنابلة عندهم الزنا يوجب حرمة المصاهرة ولكن مفهوم الزنا مختلف عندهم ويشترطون الإيلاج والله اعلم.

(١) الأم/ محمد بن ادريس الشافعي/ ٨ أجزاء/ دار المعرفة/ بيروت/ ١٣٩٣ هجرية/ ط ٢/ ج ٥/ ص ٢٦.
أدلة الشافعية:

- أن رسول الله ﷺ سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج أمها أو بنتها فقال: "لا يحرم الحرام الحلال، إنما يحرم ما كان من نكاح" رواه ابن ماجه / كتاب النكاح/ باب لا يحرم الحرام الحلال/ رقم ٢٠٠٥
استدل أيضا بحديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر" فلم يثبت نسبها منه بل لصاحب الفراش - بشرط أن لا يمسها في طهر لم يجامعها زوجها فيه.
وجه الدلالة: أن هذا الحديث فيه دلالة علي نفي الحرمة وإنما الحرمة ما كان من نكاح شرعي، والزنا لا يوجب حرمة المصاهرة.
مناقشة: يحتمل أن المراد أن حرمة المصاهرة لا تثبت بالحرام ويحتمل أن المراد أن المزني بها تحل إذا نكحها. وأيضاً هذا الحديث فيه عبد الله بن عمر "عبد الله بن عمر: عبد الله بن عمر بن حفص بن عاصم من كبار الأتباع توفي سنة ١٧١ هـ رتبة ضعيف يقول عنه الإمام أحمد بن حنبل يزيد في الأسانيد ويخالف ويقول عنه علي بن المديني ضعيف." وهو ضعيف.

المعقول: (إن الله عز وجل إنما أثبت الحرمة بالنسب والصهر وجعل ذلك نعمة من نعمه علي خلقه فمن حرم من النساء علي الرجال فبحرمة الرجال عليهن ولهن علي الرجل من الصهر كحرمة النسب وذلك أنه رضى النكاح وأمر به وندب إليه فلا يجوز أن تكون الحرمة التي أنعم الله تعالى بها علي أن من أتى شيئاً دعا الله تعالى إلى كالزاني العاصي لله الذي حدده الله وأوجب له النار إلا أن يعفو عنه وذلك أن التحريم بالنكاح إنما هو نعمة لا نقمة فالنعمة التي تثبت بالحلال لا تثبت بالحرام الذي جعل الله فيه النعمة عاجلاً وأجلاً).

وقول الإمام الشافعي في أن التحريم بالنكاح إنما هو نعمة صحيح ولكن هذه النعمة لا ترفع بالحرام لأن الحرام لا يحرم الحلال ونعمة التحريم حلال لا تحرم بالزنا مادام السبب مشتركاً وهو الولد.
وجاء في المذهب: (وإن زنى بامرأة فأبت منه بابتة، فقد قال الشافعي رحم الله: أكره أن يتزوجها، فإن تزوجها لم أفسخ) المذهب/ ج ٢/ ص ٤٣

- **المذهب الثاني: الجمهور^(١)** : لا يميزون فيه زواج الرجل من ابنته من الزنا ولا بأي حال لأنها ابنته حقيقة، فالزنا يوجب حرمة المصاهرة وكذا المس بشهوة والنظر إلى الفرج.

قال البهوتي : (أو استدخلت ماءه أي منيه بقطنه أو نحوها فلا تحرم بنتها عليه لعدم الدخول بالأم وكذا لا تحرم هي علي أبيه ولا على ابنه إن لم يكن عقد عليها)^(٢)

وأما الحنابلة فتثبت عندهم حرمة المصاهرة بجميع أنواعها، ولكن مفهوم الوطء المحرم عند الحنابلة يشترط فيه أن يكون في فرج أصلي، ويشترط أن يكون الفاعل ابن عشر سنين فأكثر وأن تغيب حشفة ذكره في الفرج الحقيقي^(٣) ونستنتج من كلام الحنابلة أنه لا يوجب حرمة المصاهرة بين صاحب المنى وطفلة الأنبوب أو إجارة الأرحام.

(٢) "الإختيار لتعليل المختار/ عبد الله بن محمود الموصللي الحنفي/ دار الكتب العلمية/ بيروت - لبنان/ ج ٣/ ص ٨٨".
أدلة الجمهور:

١. قال الله تعالى : (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء) سورة النساء الآية ٢٢.
وجه الدلالة : يقول الشيخ أبو الحسن الكرخي إن المراد من الآية الكريمة - الوطء دون العقد لأنه حقيقة في الوطء "الإختيار لتعليل المختار/ ج ٣/ ص ٨٨"
واستدخال المنى يأخذ حكم الوطء.

٢. قال رسول الله ﷺ : "من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها"
المعقول:

أن المخالطة بطريق الزنى سبب الولد فيثبت لها التحريم بالقياس على المخالطة التي لا تعتبر زنى لاشتراكهما في أن كلا منهما سبب للولد فإن كون المخالطة حلالاً أو حراماً لا إعتداد لها في ثبوت هذا الحكم "الأنكحة الفاسدة والمنهي عنها في الشريعة الإسلامية/ أمير عبد العزيز/ مكتبة الأقصى/ عمان/ ١٩٨٢م/ ص ٢٩٩".

قال ابن تيمية رحمه الله : "إذا كان يحرم علي الرجل أن ينكح بنته من الرضاع ولا يثبت في حقها شيء من أحكام النسب - سوى التحريم وما يتبعها من الحرمة - فكيف يباح له نكاح بنت خلقت من مائه واين المخلوقة من مائه من المتغذية بلبن در بوطئه؟ ! فهذا يبين التحريم من جهة عموم الخطاب ومن جهة التنبيه والفحوى وقياس الأولى رسائل وفتاوى ابن تيمية/ ج ٣٢/ ص ١٣٦".

(٢) "كشف القناع/ ج ٥/ ص ٧٣".

(٣) ذكر في الأنصاف : (لا يثبت التحريم باستدخال ماء الرجل نص عليه في التعليق علي اللعان) الأنصاف/ ج ٨/ ص ١١٦.

وبناء على ما سبق يتضح أن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها عند الجمهور فلو زنى رجل بامرأة حرمت هذه المرأة علي أصول الرجل الزاني وفروعه وحرّم الرجل علي أصول المرأة وفروعها تحريماً مؤبداً، لكن لو تزوج الرجل بأم من زنى بها أو بنتها لم يكن الزواج باطلاً، بل زواجاً فاسداً نظراً لاختلاف الفقهاء في التحريم.

والراجع هو ما ذهب إليه الجمهور من وجوب حرمة المصاهرة بين الزاني وابنته من الزنا لأن السبب المشترك بين النكاح الصحيح والزنا هو الولد والجزئية باقية فهي ابنته حقيقة وليس شرعاً ويبقى التحريم للجزئية أولى. وأرى وجوب حرمة المصاهرة بين صاحب النطفة الذكرية والمولود من طفل الأنبوب أو إجارة الأرحام، فتحرم عليه أصولها وفروعها، وتحرم الطفلة علي أصوله وفروعه.

وفي رأيي يلحق نسب المولود إلى صاحب فراش الوالدة أى زوج صاحب الرحم المستأجر؛ لأن صاحب النطف لا يوجد بينه وبين صاحبة الرحم المستأجر أي علاقة زوجية. وهذا لحماية المولود من الضرر والعار الذي يصيبه بسبب جريمة لم يرتكبها وكذلك للحفاظ على المولود مستقبلاً بخصوص الحالة المدنية وتعلقها بالأب أكثر من الأم، وأن علم زوج صاحبة الرحم المستأجر أن الولد ليس منه ورضي به ثبت نسبه منه وعلي بنات هذا الرجل أن يحتجن من هذا الولد أن كان ذكراً وأن كانت أنثى لا تتزوج أبناء هذا الرجل منها كما فعل النبي ﷺ مع عبد الرحمن وسودة. وفي حالة أنكار زوج الأم بالرحم نسب المولود ينسب لصاحب النطف.

ثالثاً: سقوط حق الزوج في ملاعنة زوجته المؤجرة لرحمها :-

لا يحق لزوج الأم الرحمية ملاعنة زوجته عند نفى نسب المولود اليه وذلك لأن التلاعن يثبت حينما يرمي الزوج زوجته بالزنا ويترتب عليه فسخ النكاح ولكن لا تتوافر شروط الزنا في حالة الرحم المستأجر كما سبق وأن ذكرنا بل وربما علم ورضي بأن توضع النطفة الغريبة في رحم زوجته فلا يستوجب هذا

التلاعن أو فسخ النكاح بسبب نفي الولد من انبثاق معنى الأمومة من تكامل قاعدة "النسب للفراش"^(١) مع قول الله تعالى: [إِنْ أُمَّهُاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَتْهُمْ].

(١) ما أخرجه مسلم وغيره أن النبي ﷺ قال: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) (وسبب ورود هذا الحديث يبين لنا بوضوح أنه لا عبرة بماء الغريب حتى لو نزل الولد شبيها بصاحب هذا الماء).

فهذا عبد شمس القرشي كانت له أمة يمانية يطؤها أحياناً وكان قد فرض عليها قدراً معيناً من المال تؤديه إليه في كل فترة محددة من الزمان كأنها ضريبة فمكنت من نفسها عتبة بن أبي وقاص القرشي فحملت منه وقبل أن تضع ما في بطنها مات سيدها زمعة كافرًا وبعد ولادتها لابنها عبد الرحمن كان عتبة بن أبي وقاص بعيداً عن مكة فأوصى إلى أخيه سعد بن أبي وقاص إذا قدم مكة أن يقبض ابن أمة زمعة ويضمه إليه ويتعهد له لأنه ابنه من مواعته لتلك الجارية علي عادة الجاهلية وكان عتبة هذا قد شهد أحداً مشركاً وهو الذي شج وجه النبي ﷺ في تلك الموقعة فلم يحل عليه الحول حتى مات كافرًا فلما كان فتح مكة عرف سعد بن أبي وقاص عبد الرحمن بن وليدة زمعة بشبهه الواضح بأخيه عتبة بن أبي وقاص فأواه إليه وقال: ابن أخي ورب الكعبة فجاء عبد بن زمعة وقال: بل هو أخي وابن جارية أبي وولد علي فراشه فاختصما فيه ثم اتفقا علي أن يذهبا جميعاً إلى رسول الله ﷺ ليفصل بينهما. - وها هي أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - تقص علينا الواقعة من حديثها المتفق عليه فتقول: "اختصم سعد ابن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه أنظر الي شبهه وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد علي فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بينا بعتبة فقال: (هو لك يا عبد، الولد للفراش، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة) فلم تره سودة قط".

فأثبت النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام نسب هذا الولد - عبد الرحمن - لأبيه زمعة تأسيساً علي العلاقة القائمة بين الزوجين وبناء علي القاعدة الشرعية (الولد للفراش) ولا فرق بين الحرة والأمة فكلاهما فراش كما قال البخاري والخطابي وغيرهما.

وبذلك يكون ﷺ قد ألغى حكم الجاهلية في إثبات النسب بالشبه الذي كانت تصنعه القيافة عندهم وهذا واضح في حديثه ﷺ المتواتر عنه (الولد للفراش وللعاهر الحجر). وقد أحتاط ﷺ لزوجته سودة بنت زمعة من أخيها لأبيها عبد الرحمن بن زمعة لما رأى شبهه الواضح بعتبة بن أبي وقاص فقال لها ﷺ: (احتجبي منه يا سودة) فما رآها حتى لقي الله.

وهذا الحذر لم يبلغ أخوة النسب لأن نسب الولد لأبيه لا ينتفي بمجرد الظنون والشبهات..

وما أحسن قول ابن القيم حينما رأى: أن في حكم الرسول ﷺ مراعاة للشيثين وإعمالاً للدليلين لأن الفراش دليل لحق النسب والشبه بغير صاحب الفراش دليل نفي النسب وأعمل الرسول ﷺ أمر الفراش بالنسبة إلى المدعي عبد ابن زمعة لقوة الفراش وأعمل الشبه الظاهر بعتبة بن أبي وقاص فأمر سودة بنت زمعة أن تحتجب منه.

=

هذه القاعدة العظيمة في مجال ثبوت الأنساب تبرز معها الصفات البيولوجية كغيرها في رابطة النسب السامية، ولكن على الرغم من ذلك نرى أن في حالة المولود من الرحم المستأجر والمتكون من المائتين المحترمين من الزوجين حال النزول والذي تم تخصيصهما معمليا لتكوين نطفة الأمشاج قبل الغرس في رحم السيدة الأخرى ينطبق عليهما كذلك هذه القاعدة الفقهية، ولا يتعارض معها أى أنه يعد الأنبوب الذى تم فيه التخصيب أو الحضانة أى كان المسمى فى المعمل بمثابة الفراش الذى جمع بين ماء الزوجين المحترم والمتفق مع القاعدة الفقهية النسب للفراش، أى أنه تكوين نطف الأمشاج فى ظل علاقة زوجية قائمة بنطفتي زوجين معا هذا من ناحية ومن ناحية أخرى.

كذلك حالة المولود من الرحم المستأجر للأم بالرحم التى حملت ووضعت بنطفة غيرها فى ظل زوجية قائمة بصاحب فراشها يستفاد من قاعدة الولد للفراش وقاعدة ثبوت الميلاد وكذلك قول الله تعالى (أن أمهاتهم إلا اللائي ولدنهم)، فالراجح لدينا من خلال ما سردناه أن كافة ميزان الأم بالرحم وزوجها هى التى ثقلت بتدعيمها وجمعها بما جاء فى كتاب الله تعالى وما جاء من سنة نبيه محمد - ﷺ - ومن جهة الأم البيولوجية (الأم الوراثية) فنرى أنها كالأم الرضاعية أى أنه لها ما لها وعليها ما عليها.

فلفظ الأمومة الذى ورد فى القرآن الكريم ووصفت فيه الأمومة بكونها الصفة المرتبطة بالتى تحمل وتلد وترضع ونرى من وجهة نظرنا أن الحق والعدل يوجب أن تمنح الأمومة للمرأة التى تجتمع فيها كل الصفات السابقة صاحبة البويضة والقائمة بالحمل والوضع وأخيرا التى ترضع صغيرها

وعليه فإننا نرى - والله أعلم - أن لفظ الأمومة فى هذه العملية انقسم إلى معنيين الأول هو الأم "الوالدية" والتى وصفت فيه الأم بكونها تحمل وتضع

قال ابن القيم: (وهذا أحسن الأحكام وأثبتها وأصحها ولا يمتنع ثبوت النسب من وجه دون وجه فهذا الزانى يثبت النسب منه بينه وبين الولد فى التحريم والبعضية دون الميراث والنفقة وغيرها وقد تتخلف بعض أحكام النسب عنه مع ثبوته لمأنع وهذا كثير فى الشريعة، فلا يذكر تخلف المحرمية بين سودة وبين هذا الغلام لمأنع الشبه بعتبة وهل هذا إلا محض الفقه).

فذلك يفترض أن يكون هناك معنى آخر للأمومة وهى "الأم الوراثية أى البيولوجية" التي أفرزت البويضة الملقحة ونحن لا نهدف من وراء هذا التصنيف القول بأن عملية تأجير الأرحام فصلت بين صفتي الأمومة.

وأما الذي أردناه من وراء ذلك استجلاء حقيقة الأمومة كاملة دون تجزئتها لنوعين، وأن النسق الطبيعي والفطرة التي جاء بها الشريعة الإسلامية لا بد وأن تسدي الأمومة مفهوماً واحداً، بمعنى أن القرآن الكريم لا يمكن أن يستنبط من أحكامه الفصل بين الأمومة الوراثية والأمومة التوالدية - أن صح التعبير - فكيف ومع ما ترتبه تقنية الرحم المستأجر من مشكلات متعددة وفي مجالات شتى جعل أغلبية علماء الشرع يستنكرونها أن نتصور أن القرآن نفسه يجيز ذلك الفصل بين صفة الأم الوراثية وما تقوم به الأم من وقائع مادية إنسانية في الحمل والوضع، لأنه لو قيل بمنح القرآن صفة الأمومة التي ولدت فقط لأجاز هذا القول فكرة الرحم البديل برمتها، وهذا لا يصح ولم يقل به أحد حتى من الذين نسبوا الوليد للتي حملت ووضعت أو التي ساهمت ببيضتها، وأما الذى نقصده من وراء ذلك هو أن نضع ناقوس الخطر أمام أعين النساء الذين يقدمون على هذه العملية بأن المولود المنتظر لن ينسب إليها وحدها بل ستشترك معها أم أخرى فى نسب ذلك المولود ربما لو رسخنا ودعمنا هذا الحكم لديهن يتراجعن عن فعل هذه العملية.

من الأولى من وجهة نظر أهل الطب أخذ حكم الأم الرضاعية؟ هل الأم الوالدية (الرحمية) أم الأم البيولوجية (الوراثية)؟

ولكى تنعقد المقارنة على الوجه الصحيح فلا بد من انسحاب حكم الأم الرضاعية في الشرع إلى الأم التي تشبه مكانتها أو تؤدي دورها، وينظرة عميقة إلى الأم الرحمية سنجدها هى نفسها صاحبة الرحم المستأجر والوالدية أما بالنسبة للام الوراثية أو الجينية سنجدها هى نفسها صاحبة البيضة.

هنا يتدخل رأى الطب وعلى أساسه يتحدد الحكم إذا اثبت علماء الطب عدم انتقال مورثات من الأم بالرحم إلى الجنين، أنصرف حكم الأم الرضاعية إلى الأم بالرحم، وإذا اثبت عكس ذلك أى انتقال الصفات الوراثية من الأم بالرحم إلى الجنين أنصرف حكم الأم الرضاعية إلى الأم الجينية، نجد أوجه تشابه بينهم من

حيث الأم المرضعة والأم الوالدية صاحبة الرحم المستأجروالأم الجينية صاحبة الببيضة المخصبة يحرم من النسب ما يحرم من الرضاعة.

ولو أمعنا النظر لحكم نسب هذا الطفل في القوانين الوضعية لوجدنا أن عقد الزواج ينسب للأم التي ولدته، ولا تستطيع بعد ولادته أن تنكره وينسب لزوجها الذي ولد في فراشه الشرعي ويرجع ذلك كما ذكرنا أنفاً أن القوانين الوضعية تعمل العقل وتهتم بالحقائق القانونية مجردة ولا يعينها توافق تلك الحقائق القانونية مع الحقائق الوراثية التي تقضي بوجوب أنساب الطفل لمن تخلق من ماءيهما في علاقة شرعية.

أن العلاقة بين أطراف عقد إيجار الأرحام وبين الوليد الذي يمثل التطور البيولوجي لتلك النطف الموضوعة داخل الرحم والذي يعتبر الوسيط الغريب عنهم ولكنه الوسيط الطبيعي للجنين الذي ينمو فيه لابد من الاعتناء به أشد الاعتناء وذلك بوضع مصلحته في مصاف المعيار الأمثل بالحفاظ على نسب المولود وتثبيت أركانه ومحو ما قد يشوه معانيه ؛ لأنه لا ذنب له في مجيئه إلى الدنيا بهذه الوسيلة.

المطلب الخامس

المشكلات المترتبة على مسائل ثبوت النسب

تمهيد:

مما لا شك فيه أن قواعد ثبوت الأنساب التي نحن بصدد معالجتها في عمليات تأجير الأرحام لا يثير أية مشكلة في مجال ثبوت النسب لكونه يتم بين الزوجين وبنطفتيهما أى أنه توافر احترام المائين وقت الإنزال بصرف النظر عن الوسيلة التي اتبعها الزوجين في حمل نطفهم لتكملة الحمل حتى إنجاب المولود، ولكن المشكلة التي نعنيها هي الآثار المترتبة على ثبوت النسب نفسه أى أنه المشاكل التي تبدأ بعد ثبوت الأنساب.

في ضوء موقف الشريعة الإسلامية العظيم تجاه ما حققته من وضع قواعد وأساس البنية التحتية لبناء الأسرة مع رسخ الواجبات والالتزامات لكل فرد منها، ومما لا شك فيه أن أثقل الواجبات هي التي تقع على عاتق الأم، ففي ظل الأمومة الكاملة ونقص من هذا المصطلح اشتراك المشاعر والعواطف مع

الآلام التي تتحملها الأم حتى نضوج طفلها بأحشائها، والأبوة الحانية تتم كفالتهم حتى يصيروا صالحون وهذا ما يستهدفه الإسلام. وصدق الله القائل: **لَوَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ**^(١) ولا بد من الالتجاء والتسليم بمشيئة الله حيث أن الولد عطية من الله يمنحها من يشاء من عباده **إِلَّا لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكَورَ** ❖ **أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**^(٢).

وقدر مع ذلك المشاكل التي يمكن أن تثور حوله، فوضع لذلك تشريعاً تميزت به الشريعة الإسلامية علي غيرها مما سبق أو لحق، وكان تشريع اللعان الذي ينفي به الزوج كل نسب يشك فيه كي لا يدخل في نسله نسب مشوه. كما استندت القاعد القانونية في مسائل النسب إلى الواقع الوراثي الذي يتسم بالثبات والوضوح والوقوف على قاعدة صلبة تصلح ملجئاً قوياً لكل من يريد أن يقف غير مشتتاً ولا حائزاً علي حقيقة نسبه.

ومما سبق يتبين أن مشكلات ثبوت النسب تثور من خلال ممارسة تقنيات الإنجاب الصناعي بتدخل الغير في العلاقة الزوجية ليساندها في تحقيق حلم الإنجاب الذي حدا بنا إلى دراسة المشكلات على ثبوت نسب الولد في الرحم المستأجر.

خلفت لنا الإنجازات التي توصل إليهما علم الطب وبالتحديد في مجال الإنجاب الصناعي بكافة أشكاله، وعلى سبيل المثال الوسيلة محل بحثنا، وهي تأجير الأرحام أي الإنجاب من خلال الاستعانة برحم امرأة بخلاف رحم الزوجة؛ لكي تشاركها في المولود بل، ولكي يزيد نصيبها فيه دون النظر إلى المحاذير التي ترمي إلى الحيلولة بين تلك الوسائل بين إجازتها طبقاً لأحكام القانون والشرع الإسلامي الأمر الذي أثار كثيراً من المشكلات التي تحتاج لمعالجة، والتي يشعر الباحث من خلالها صعوبة كبيرة في استخلاص الحلول المناسبة للمسائل

(١) النحل ايه ٧٢

(٢) سورة الشورى ٤٩ ، ٥٠

المطروحة ولكي نجد الحل ونضعة في إطار تنسيقي ينظم لنا المسائل التي تحتاج إلى المعالجة لمشكلات النسب وللبت في حلولها، وذلك من خلال محاولة تنظيرها مع القواعد الشرعية والقانونية لثبوت النسب بغية التوصل إلى أنسب الحلول المتفقة بقدر الإمكان مع أحكام النسب التي ترعى الفئة الضعيفة من الأطفال الذين يولدون إلى الحياة بطرق غير تقليدية ليس لهم فيها أي دخل أو إرادة. لذا لا بد أولاً أن نضع نصب أعيننا على المشاكل المنبثقة من تلك التقنية وأهمها مشكلات ثبوت النسب وذلك في نقاط محددة.

أولاً: العوامل المؤدية إلى بروز المشاكل المترتبة على ثبوت النسب من عمليات إستخدام الأرحام:

١- عدم ضمان طرق الإنجاب الصناعي لضياح الأنساب خارج وداخل^(١) الرحم.

بمعنى أوضح فصل العلاقة الجنسية بين الزوجين عن مسألة الإنجاب جعل النطف التناسلية أكثر عرضة لاختلاط الأنساب.

إمكانية الوجود المادي للنطف التناسلية خارج أوعيتها التناسلية تمهيداً لتلقيحها أو العمل بها في مجال تقنيات المساعدة الطبية علي الإنجاب أو حفظها لحفظ قدرات الرجل أو المرأة المعرضة للضياح، ولكن هناك احتمال لخلط هذه النطف، وهي محفوظة بالتجميد أي أنه قد تختلط ببعضها وقد حدث ذلك بالفعل

(١) د/ عطا السنباطي - نقلاً من بنوك النطف والأجنة ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ مرجع سابق نقلاً عن د. محمد علي البار في كتابه طفل الأنبوب ص ١٢٣ ، ١٢٤. عرض علي القضاء الألماني قضية هي الأولى من نوعها حيرته وأثارت الفقه للتديد بالنقص التشريعي هناك وتتلخص هذه القضية في أن امرأة لا تستطيع الحمل اتفقت مع امرأة أخرى علي حمل الطفل مقابل ٢٧ ألف مارك ألماني تدفع عند الطلب وبعد تسعة أشهر جاءت المولودة (Michaela) وتسلمها أبواها الموصان عليها وقبضت الأم الحامل المقابل ولم يثار أدنى شك لدى الجميع في أبوة الطفلة. وبعد عام من الولادة والتسليم تم إجراء تحليل دم للطفلة الذي أوقع المفاجأة علي الجميع. . وكانت زوجة الأب البيولوجي قد تبنت الطفلة بالفعل حيث جاءت النتائج مؤكدة أن الطفلة نتجت من علاقة عادية بين الأم الحامل وزوجها (زوج الأم بالأنابة) وأما محاولات التخصيب لم تنجح ورغم ذلك لم تسترد الأم بالأنابة طفلتها لأنها كانت قد تسلمت المبلغ المذكور. أنها حضارة القرن الحالي حيث يبيع المرء ولده مقابل مبلغ من المال).

في كثير من الأحيان حتى في الدول التي تقدمت في مجال الحفظ^(١)، الأمر الذي قد يدفع إلى حدوث اختلاط في العينات المنوية بعضها ببعض، فيولد للزوجين ولد ليس من ماء الزوج أو ليس من ماء الزوجة أو ليس من مائهما مجتمعين.

مما يؤدي معه إلى ضياع الأنساب وحتى داخل الرحم هناك احتمال أيضاً باختلاط الأنساب وذلك بعد غرس نطفة أمشاج الأبوين البيولوجيين داخل رحم الأم بالرحم، يمكن أن يجامع زوج صاحبة الرحم زوجته وتحمل مع لقiche الأبوين البيولوجيين أي تصبح صاحبة الرحم المستأجر حامل في توأم لا يعرف ابن اللقiche الأولى ابن من أو اللقiche الثانية ومن هنا تختلط الأنساب أيضاً بين الأبوين بالفراش والأبوين البيولوجيين.

الحيرة حول السؤال إلى من سينسب الطفل؟ هل إلى أمه بالرحم مستنداً على قاعدة ثبوت الميلاد أم الأم بالنطفة؟ مستنداً على المعيار البيولوجي أم إلى الأب صاحب الفراش الأم بالرحم؟ أم للأب الجيني إعمالاً لمعيار الجيني المستند على المعيار الوراثي بالبصمة الوراثية.

- ٢- مخالفة عملية تأجير الأرحام لقواعد النظام العام.
- ٣- ظهور أشكال أخرى من الأمومة أدى إلى تشتت وحيرة بين النشء
- ٤- تشجيع نوعية جديدة من البشر وهم سوء المعاملة الجنسية (الجنس الثالث) على الإنجاب بالاستعانة بهذه الوسيلة من خلال الاستعانة ببنوك النطف والأجنة ومؤجرات الأرحام أصبح من السهل الحصول على طفل من علاقة غير

(١) وقد حدث ذلك بالفعل في أحد مراكز التلقيح الصناعي بأوروبا حيث أقدم زوجان لونهما أبيض علي عملية تلقيح في أنبوب وبعد نجاح الزرع فوجئ الزوجان بأن طفليهما أسود وتم مقاضاة البنك الذي أعترف بخطأه في عدم تنظيف الأنبوب الذي أجرى لهما فيه حيث كان قد أجرى به من قبل عملية تخصيب لرجل أسود وظلت نطفة عالقة بالأنبوب، جريدة أخبار الحوادث المصرية في ١٩٩٥/٧ ص ٢٠. وكانت إحدى الزوجات بالولايات المتحدة الأمريكية قد قاضت المركز العالج عن خطأه الفادح والذي تسبب في طفلة سمراء لتلك المرأة رغم أنها هي وزوجها من أصل أوروبي وقد كان ذلك نتيجة استبدال العينات بطريق الخطأ من جانب المركز ذلك بإجراء التحاليل المشتبهة لالتقاء العلاقة الوراثية بين الطفل ومن أنسب إليهم بطريق اختلاط العينات بخطأ المركز أنظر د/ عبد الحليم، المرجع السابق، ص ٦٥٠، ٦٥١ بالهامش.

طبيعية، ولمزيد من الإيضاح هناك ملحق فى نفس هذا الكتاب به حالات من نفس النوع

٥- وقد يكون الغش أو الخداع من جانب الزوج، الذى يحصل على سائل منوي من رجل آخر غيره، يقدمه لتلقيح بويضة زوجته هو، موهما إياها بأنه سائله..،

وقد تعتمد الزوجة، فى سبيل الحصول على طفل، لمصلحة خاصة بها كميراث.. إلى طريق التلقيح بسائل منوي مستخلص من غير زوجها، إذا كان بالزوج عيب.

٦- ستؤدى هذه العملية إلى "نسبة المولود زورا إلى غير والدته، حيث نصت المادة (٢٨٣) من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ م) بإصدار قانون العقوبات والمعدلة بالقانون (رقم ٣٩ أو ٢٩ لسنة ١٩٨٢) على أن: "كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو بدله بآخر أو عزاه زورا إلى غير والدته يعاقب بالحبس فإن لم يثبت أن الطفل ولد حيا تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة أما إذا ثبت أنه لم يولد حيا فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على شهرين^(١).

ويقابل هذه المادة فى قانون الجزاءات الكويتي المادة ١٨٣ والمعدلة بالقانون ٦٢ لسنة ١٩٧٦ م والتي تنص على أن "كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدل به غيره أو عزاه زورا إلى غير والدته أو والده يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات.

وبتطبيق هذه الأحكام فى عملية تأجير الأرحام يظهر أن:

نسبة المولود إلى غير أمه الحقيقية من طريق تأجير الأرحام - وفقا للراجع - من أن الأم الحقيقية هى: الأم بالرحم - وهى التى ينسب إليها الطفل ولكن اعتادت النظم القانونية الأخرى الممارسة لهذا النوع من العمليات بمجرد أن تتم الولادة تبدأ الأم البيولوجية فى إجراءات التبني، وبعدها فى الوقت الذى

(١) قانون العقوبات المصرى وفقا لآخر تعديلاته ص ١٢٢ بدون سنه أو مكان طبع

تكون تسلمت فيه الطفل بالفعل من الأم بالرحم، وطبعاً تسرع الأخرى فى تسلم الطفل، وهذا لقبض ما تبقى لها من حساب.

ومن ناحية أخرى فقد تتمسك صاحبة الرحم المستأجر بالطفل المولود وتريد نسبته إليه فتمتنع بذلك عن تنفيذ الالتزام بتسليمه بعد ولادته مباشرة كما أن الأم البيولوجية نظراً لأنها لم تلد هذا الطفل فإنها لا بد وأن تلجأ للقضاء بطلب التبني له، كي تلحقه بها ابناً بطريقة رسمية، هذا بالنسبة للدول التى تعترف بمثل هذا النظام، كما قد يمتنع في بعض الحالات الأبوين البيولوجيين للطفل عن تسلمه نتيجة عدم قدومه بالشكل الذي كان يتوقعانه أو يرغبانه كميلاده مشوهاً أو ناقصاً من الناحية الخلقية.

ففي هذه الحالة إذا نسب الطفل لغير أمه الحقيقية زوراً فذلك يعد جريمة يعاقب عليها القانون وكذلك الشريعة الإسلامية، وأيضاً يسرى الحكم السابق إذا نسب زوراً لغير والده الشرعى.

وقد أحسن القانون الكويتي حينما نص على ذلك صراحة، حيث جرم هذا الفعل ووضع له عقوبة تعزيرية مناسبة، كما هو حكم الشريعة الإسلامية فى تحريم التبني تحريماً مطلقاً وجعل ذلك معصية تستحق العقوبة. الدنيوية وفقاً لما يراه. ولى الأمر زاجراً وراذعاً لذلك، فضلاً عن العقوبة الأخروية وقد كان

الأحرى بقانون العقوبات المصري أن يتضمن نفس الحكم بالنسبة للوالد كما فعل مع الوالدة، حيث أنه لا فرق فى حرمة التبني سواء صدر من الوالد أو الوالدة بالتبني، ويلاحظ أن هذه الجريمة تتوقف على ثبوت النسب الحقيقي أى: من هو الوالد الشرعى أو الوالدة الشرعية فالذي ينسب له الطفل شرعاً إذا نسب لغيره زوراً بعد ذلك فإن جريمة نسبة طفل حديث الولادة زوراً إلى غير والده أو والدته تكون متوافرة وبالتالي يستحق مرتكبها العقاب^(١).

٧- الاختلاف الناتج بين أفراد العلاقة بشأن تنفيذ الاتفاقات المبرمة فى

العقد:

(١) د / محمد المرسى زهرة الإنجاب الصناعى ص ٤٤٧

من المشاكل التي أفرزها ذلك الواقع المغاير للفترة من منازعات متعددة الجوانب^(١). فمن ناحية فقد يحدث الخلاف علي النسب بين أطراف العلاقة فقد يحدث التنازع والخلاف حول تنفيذ بنود عقد إيجار الرحم فقد تمتنع المرأة التي ولدت عن تنفيذ التزامها بتسليم الطفل نتيجة امتناع الأبوين عن تسليم ما تبقي من المقابل المادي للعملية، والذي قد يكون راجعاً إلى عدم تنفيذ الحامل لبنود العقد خاصة الالتزام بالتعليمات المتعلقة بصحة الأم والمؤثرة علي صحة الجنين.

٨. الطريق إلى القضاء علي تعدد الزوجات:

فموضوع استئجار الأرحام خطوة علي الطريق من نتاج مؤتمر السكان، والذي يدعو للقضاء علي تعدد الزوجات والذي يخالف شرع رب العزة - سبحانه وتعالى - والذي يقول في سورة النساء: **لَا تَجْعَلُوا مَآ طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**^(٢). فهذا الأمر فيه اعتراض علي المشيئة الإلهية التي أرادت أن تكون بعض النساء عقيمات أو عاقرات لا تلد كما في قوله تعالى: **إِلَهُ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٤٩) أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**^(٣). فالأولى بمثل هذه المرأة العاقر أو التي فقدت رحمها أن ترضى بما قسمه الله لها وتثق بأن ذلك خير لها في الدنيا وأن الله - سبحانه وتعالى - سيجزيها عن ذلك في الآخرة.

٩. اتحاد علة تحريم تعدد الأزواج مع تحريم تأجير الأرحام بالنسبة للزوجات:

ولهذا تظهر العلة من تحريم تعدد الأزواج بالنسبة للزوجات وقد ثبت علمياً أن ماء الرجل يؤثر تأثيراً وراثياً كبيراً علي اللقيحة الموجودة في رحم الأم^(٤)

(١) Aspects Juridiques de la maternité par substitution ، (c) 1999 ،
Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie
et de la sante. Avis sur les problemes ethiques des techniques
de reproduction artificielle. Rapport. 23 octobre 1984.

(٢) سورة النساء آية ٣.

(٣) الشورى: ٤٩ ، ٥٠.

(٤) كتاب النساء والولادة ص ٤٢٣ تأليف (ويليام) و(ويلكنز) شركة ماس للنشر طبعة الشرق الأوسط - الطبعة الثانية ١٩٩٦ م.

ولذلك نهى رسول الله ﷺ أن يسقي الرجل بمائه زرع غيره^(١). وأيضاً: فإن قذيفة الرجل تحمل من (٢٠٠ إلى ٣٠٠ مليوناً) من الحيوانات المنوية لا يصل إلى البيضة إلا أقواها وتموت ملايين الحيوانات المنوية الضعيفة في الطريق قبل الوصول. وحيث أن في هذه الحيوانات المنوية حوالي ٢٠٪ منها حيوانات شاذة وغير مكتملة النمو فإن مسألة التلقيح الصناعي واستئجار الأرحام تزيد من نسبة عدد المشوهين حيث لا يمكن انتقاء الحيوانات المنوية القوية من بين هذه الملايين من الحيوانات المنوية في القذيفة الواحدة^(٢).

طرح العلماء عدة نظريات وقد لاقت نظرية من بين هذه النظريات القبول وهي التي تقول: أن الحيوانات المنوية التي تمتص بواسطة الرحم وعنق الرحم بها مادة وراثية تدخل عنق الرحم فإذا كانت المرأة متزوجة دخل بصفة دائمة بصمة وراثية دقيقة أدق من بصمة الأصبع يتعود عليها عنق الرحم ويتكون في الرحم وعنقه ذاكرة ناتجة عن مادة وراثية موحدة بين الرجل وزوجته. أما التي تمارس البغاء يحدث إرتباك داخلي في الرحم وعنق الرحم يؤدي إلى السرطان.

ولذلك شرع المولى - سبحانه وتعالى - استبراء الأرحام لكي يكون هناك فاصل زمني بين الزوج الأول والزوج الثاني للمطلقة أو للأرملة بالرغم من أن العلم يعرف الحمل في لحظة وذلك بعدة نقاط قليلة من بول المرأة، ولكن لا بد من وجود العدة حتى ينسى الرحم وعنق الرحم الشفرة الوراثية من الحيوانات المنوية للرجل الأول ليدخل منى الرجل الثاني بعد هذه المدة، فلا يضر هذا المنى الرحم أو عنق الرحم بالأمراض وعلى رأسها سرطان عنق الرحم. وصدق النبي - ﷺ - الذي يقول: (وما فشت الفاحشة في قوم إلا أصابهم الله بالأمراض والأوجاع التي لم تكن في أسلافهم)^(٣).

(١) سبق تخريجه.

(٢) كتاب النمو الجنيني للإنسان ص ٥ مرجع سابق.

(٣) سنن ابن ماجه ١٣٣٢/٢، ١٣٣٣ - كتاب الفتن باب العقوبات الحديث ٤٠١٩ وعلق عليه البوصيري في الزوائد بقوله: هذا حديث صالح للعمل به.

ثانياً نموذج من واقع المشاكل المترتبة على عمليات إيجار الرحم الخاصة بنسب المولود:
- هل يحق حرمان الأب البيولوجي من إنكار نسب الطفل المولود من تأجير رحم امرأة أخرى غير زوجته بناء على موافقته المسبقة على إجراء هذه العملية:

من ناحية فقد تختلط نطفة الأمشاج خاصته في رحم المرأة المستأجر بأن يجامعها زوجها بعد زرع النطفة في رحمها فتحمل توائم على لقيحة الزوجين أصحاب النطف أو أن هناك احتمال آخر وهو أن تسقط اللقيحة الأولى خاصة الأبوين البيولوجيين وتحمل المرأة صاحبة الرحم من زوجها وتنجب معتقدة أنها أنجبت من نطف الزوجين أصحاب النطف^(١)؟

وعلى الصعيد الآخر هل يحق لزوج صاحبة الرحم المستأجر أنكار نسب المولود من هذه الطريق؟

حكم احتمال اختلاط بويضة الزوجين الملقحة ببويضة ملقحة أخرى بصفة عامه داخل أو خارج الرحم :-

١- حكم ثبوت النسب جهة الأب :

❖ من الناحية القانونية دائماً يستفيد الولد من قرينة الزواج التي لا تعني إلا باستقرار الأوضاع القانونية دون النظر إلى مطابقتها للحقيقة والواقع^(٢).
أى أنه ينسب إلى زوج صاحبة الرحم المستأجر لأن كل حمل تحمله الزوجة يفترض أنه من زوجها لكونها مقصورة عليه وهو ما جرى عليه قضاء النقض من أن النسب يثبت بالفراش الصحيح بين الزوجين^(٣).

أما في الشرع فلا ينسب الطفل لزوج صاحبة الرحم هنا ؛ لأنه ليس من مائه وإنما ينسب لصاحب النطفة أى الأب البيولوجي.

(١) استئجار الأرحام ص ١٦ منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة مرجع سابق. وأنظر صحيفة الأهرام في ٩ أبريل ٢٠٠١م مقال للدكتور حمدي بدرأوي أستاذ أمراض النساء بطب الأزهر.

(٢) د/ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ٥٠٥.

(٣) الطعن رقم ٥٣/٧٤ ق احوال شخصية مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ قاعدة ١٣٨ ص ١٦٢ والطعن رقم ٤٤/٣٨ ق احوال شخصية مجموعة المكتب الفني السنة ٣١ ص ٧٤٦.

٢- حكم ثبوت النسب جهة الأم:

من الناحية القانونية: الحكم القانوني دائماً ما يتجه إلى إقرار الظاهر في مسائل النسب فيقر لذلك بنسب الأم التي ولدت فالولد هنا للزوجة التي زرع فيها بويضة ملقحة غريبة عنها تماماً هي وزوجها.

من الناحية الشرعية: وبالنسبة للنسب جهة الأم فأنا نفرق بين حالتين: الحالة الأولى: أن تكون صاحبة الرحم المستأجر ذات زوج

ينسب المولود إلى صاحبة الرحم المستأجر وزوجها ولمزيد من التفصيل^(١).

الحالة الثانية: أن تكون صاحبة الرحم المستأجر منفردة، ينسب المولود إلى

الأم بالرحم ونلحقه بالأب البيولوجي.

ثالثاً: سوابق القضاء الأمريكي المترتب على أثر التعامل على الأرحام:

- وافقت امرأة تسمى "دينا باركر" علي أن تكون أما بديلاً - أي تحمل طفلاً لزوجين هما "بولين" و"هاري تايلر" وذلك مقابل أجر، وتم الحمل بالفعل وبدأ الزوج صاحب الحيوان المنوي التردد علي المرأة التي حملت له ولده، وبدأت المشاكل تظهر فالأم البديلة وقعت في حبه وغرامه وزنى بها، والزوجة الأصلية شعرت بالغيرة من عملية الحمل التي تكون طرفها من الناحية البيولوجية فقط وبدأ الشقاق في الأسرة التي كانت تتمتع بقدر من السعادة والاستقرار حتى ذلك الوقت ورفضت الأم بالرحم تسليم الوليد الذي حملته إلى صاحبة البويضة واحتفظت به لنفسها بعد ولادته فمشاعرها قد تغيرت بالحمل والولادة فهي تشعر أنها أم لذلك الطفل، ولا تستطيع التفريط فيه، ورفع الأمر إلى القضاء والقضاء في حيرة من أمره، والذين لا يعترفون بالمشاعر أو النواحي الإنسانية قالوا: لا بأس أنه يمكن التغلب علي هذه المشاكل بالسيطرة علي العناصر البشرية فيها عن طريق عقد قانوني بين الأطراف المعنية.

- وقد حدث عكس ذلك في أمريكا.. فقد تبين أن الطفل معاق ومصاب بنقص بالغ في حجم دماغه بحيث سيظل طيلة حياته متأخراً عقلياً

(١) سبق وأن تعرضنا بالتفصيل لحكم هذه الحالة في آراء العلماء حول نسب المولود من ذات الكتاب.

فرفض الزوج (صاحب الحيوان المنوي) الاعتراف بالطفل كما رفض أداء الأجرة المتفق عليها بدعوى أنه ليس هو الأب لذلك الطفل. وحكمت المحكمة بإلحاق الولد بالزوج (صاحب الحيوان المنوي) بناء على التحاليل الطبية ولكن بالفعل رفض الزوجان أن يعيش الولد معهما وبقي في دار حضانة تحملت مصاريفها شركة من شركات التأمين^(١).

- ومن القضايا التي حدثت في هذا المجال - كما ذكر بعض الأطباء^(٢) - أنه حدث اتفاق بين زوجة وزوجها من ناحية وامرأة أخرى من ناحية أخرى لتوضع البيضة الملقحة من الزوجين في رحم المرأة الأخرى، ونما الجنين وبالفحص الطبي تبين أن الجنين به بعض العيوب الخلقية التي يمكن علاجها بالتدخل الجراحي أثناء فترة الحمل فرفضت الأم الحاضنة هذا الإجراء نظراً لما سيعرضها لمخاطر التخدير والجراحة وضربت بعرض الحائط ما قد يحدث للجنين من أضرار.. فأدى هذا النوع من التعاقد الغريب إلى عدم علاج إنسان كان يمكن علاجه بيسر لو كان في رحم أمه الطبيعية^(٣).

وما الحل إذا حملت الأم البديلة أيضاً من زوجها وكان صاحب النطفة الملقحة يريد ذكراً ووضعت الأم البديلة ذكراً وأنثى؟ لا أتصور حجم الخلاف الذي سينشب بين الطرفين: أعنى صاحب النطفة الذي يريد أن يستأثر بالذكر والزوج الذي يريد أيضاً أن يكون الذكر من نصيبه.

وقد نشرت مجلة الرأي الأردنية في عام ١٩٨٧ مقالا مترجما عن مجلة التايم^(٤)، وعرضت في هذا المقال إحدى القضايا التي وصلت إلى المحكمة بخصوص استئجار الأرحام، حيث قامت السيدة "وايتهد" وهي ربة بيت من نيوجرسي والبالغة من العمر ثلاثين عاماً بتقديم خدماتها لمركز نيويورك للعقم، لأنها أرادت مساعدة الأزواج المحرومين من الأطفال، ويعد نجاحها في

(١) بنوك النطف والأجنة ص ٢٦٥ مرجع سابق.

(٢) الدكتور جمال أبو السرور أستاذ أمراض النساء والولادة وعميد كلية الطب بنين جامعة الأزهر

(٣) د. محمد رأفت عثمان ص ١٣ - المرجع السابق.

(٤) عكور، إيمان. هل الرحم قابل للتأجير - قضية عاطفية في المحكمة تتعلق بإمكانية الولادة بالنيابة، جريدة الرأي الأردنية، كانون أول: ١٩٨٧، ص ١٢.

الاختبارات النفسية، وبعد الاستشارات القانونية اللازمة وافقت على أن تحمل لقيحة السيد "وليام ستيرن" البالغ من العمر ٤٠ عاماً وزوجته "إليزابيث" وهي طبيبة وتبلغ من العمر الأربعين عاماً، وذلك لأن الزوجة "إليزابيث" عاجزة عن الحمل، ووعد الزوجان السيدة "وايتهد" بأن يدفعاً لها مبلغ ١٠٠٠٠ دولار وطبعاً سيدفعان نفس المبلغ لمركز نيويورك للعقم، و٥٠٠٠ دولار لتغطية نفقات أخرى. حملت السيدة "وايتهد" وبعد ولادة الطفلة، راودت الأم المستعارة شكوك حول تسليمها للزوجين، فقد رفضت استلام المبلغ المتفق عليه بداية، لذلك وافق الزوجان بالسماح للسيدة "وايتهد" بالاحتفاظ للطفلة لفترة قصيرة، إلا أن الصراع حول الطفلة اشتد حين رفضت الأم البديلة "وايتهد" تسليم الطفلة في النهاية، وتملصا من رجال الشرطة الذين أرادوا استرجاع الطفلة هربت السيدة وايتهد الطفلة من نافذة خلفية إلى زوجها "ريتشارد" الذي هرب بالطفلة إلى فلوريدا، وبعد تحقيق وبحث دام ثلاثة أشهر من قبل رجال الشرطة ومن قبل مكتب التحقيق الفدرالي ومحققين خصوصيين تم العثور على الطفلة وعلى الزوجين "وايتهد وريتشارد". وتوجه السيد "ستيرن" وزوجته "إليزابيث" إلى المحكمة، حيث تم تقديم شكوى ضد السيدة "وايتهد" وقام القاضي "سوركو" وهو قاضي محكمة الأسرة في نيو جيرسي بالحكم لصالح الزوجين "ستيرن وإليزابيث" ورفض طلب السيدة "وايتهد" في استعادة الوصايا المؤقتة على الطفلة، ووعد السيد ستيرن السيدة وايتهد بالسماح لها بزيارة الطفلة مرتين في الأسبوع، أما السيدة "وايتهد" فقالت بعد سماع الحكم: "لدي ثلاثة أطفال واثنان منهما لا يستطيعان رؤية أختهما، هذا ليس عدلاً". أما السيد "ستيرن" فصرح بأنه سعيد جداً بقرار المحكمة، وأنه اكتشف أن الأبوة تجربة رائعة^(١).

رابعاً: رأى الباحث

مراعاة تسجيل الحالة المدنية الجديدة للطفل في وثيقة متضمنه لأطراف العلاقة: ونزيد على ذلك أن يشهر أو ثبت تاريخ تسجيل ميلاد الطفل وذلك

(١) هل الرحم قابل للتأجير - قضية عاطفية في المحكمة تتعلق بإمكانية الولادة بالنيابة، جريدة الرأي الأردنية، ص ١٢.

تحسبا من الوقوع فى دعوى أنكار أو نفى النسب من أطراف العلاقة وذلك لأهمية هذا التاريخ الذى حدده القانون فى أحقية رفع الدعوى من عدمه.

الأصل أن هذا حق مقرر للزوج بموجب القانون الوضعى الذى جعل للطفل المتولد بطرق التناسل الصناعى بين زوجين يثبت نسبه لأبيه الذى تكون من مائه وماء زوجته ولا يتعارض ذلك مع ما اشترطه القانون المصرى من وجوب التلاقى بين الزوجين حتى يثبت النسب أو تسمع دعوى الإنكار له لأن التلاقى هنا يفهم على أنه قرار للمعيار البيولوجى الذى قرره رسول الله - ﷺ - من قوله "النسب للفراش وللعاهر الحجر".

هذا فى حالة الإنجاب الطبيعى أو الصناعى بالشروط التى سبق وأن ذكرناها وعلى الرغم من ذلك نرى من جانبنا أنه لا يحق للزوج أو الأب الجينى للمولود من تأجير الرحم أن ينفى أو ينكر نسب المولود منه والعلة فى ذلك من وجهة نظرنا أنه ارتضى فى الدخول فى مخاطرة بإنجاب طفل من رحم مستأجر بهذه الوسيلة فالمفترض أن يكون التأكد من براءة رحم المرأة قبل غرس النطف فيها قد تم بالفعل وبالرغم من أن المفترض أن يمتنع الزوج عن معاشرة زوجته صاحبة الرحم المستأجر طوال فترة الحمل إلا أنه لا يحق لأحد حبس حق الزوج فى الاستمتاع أو معاشرة زوجته بالإضافة إلى أن المولود الذى أتى لا يوجد ذنب له فى المجيء بهذه الطريقة.

وخلاصة القول أننا نرى أن الآثار المترتبة على النسب: يراد بها النتائج المترتبة عليه. فإذا ثبت النسب ولو من نكاح فاسد أو وطء بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع الزواج فى الدرجات الممنوعة على وفق ما حرمه الكتاب والسنة من النساء وتستحق به نفقة القرابة ويستحق به الإرث. ودعوى النسب عديدة وموضوعاتها مختلفة وقد أطل فيها الفقهاء، ونحن لا نرى داعياً للأخذ فيما أخذوا فيه، ولكن نختتم الكلام عنها بهذه المسألة.

وهى إذا كان صبى بين رجل مسلم له، نصرانى، فأدعى الأول أنه عبده، على حين ادعى الثانى أنه ابنه، وأقام كل منهما البينة على دعواه - يقضى به للنصرانى ويكن حراً؛ لأنه بذلك ينال فوراً شرف الحرية التى ليس فى وسعه اكتسابها بنفسه، ثم يصل فيما بعد للإسلام بعقله حين تظهر له الأدلة على

أنه خاتم الأديان السماوية. ولكن لو ادعى كل منهما أنه ابن له، كان الحكم به للمسلم أولى، نظراً لصالح الولد نفسه^(١). أى أنه يفهم من هذا أن المهم في موضوع النسب هو الصالح والأنسب إلى المولود.

المبحث الثاني

الأثار التي تترتب على ثبوت النسب

من الأثار المترتبة على النسب اثنا عشر حكماً ولعدم الإطالة سوف نذكر منها ما يفيد بحثنا التي منها: الميراث والحضانة وأخيراً الرضاعة.

ورغم ما تبين لنا من التناقض الكبير حول الإنجاب الطبيعي والإنجاب الصناعي بالاستعانة برحم الغير، إلا أنه أعطى هذا الحق في ثبوت النسب لمن ولد نتيجة النقاء الطبيعي أو صناعي مع الاحتفاظ بتحريم الأنتساب إلى غير الأب، كما حرم علي النساء أن ينسبوا أولادهم لغير أبيهم الحقيقي يقول رسول الله - ﷺ "أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَيَّ قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنْ اللَّهِ فِي شَيْءٍ وَلَنْ يَدْخُلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَعَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ نَظَرُ لِيهِ احْتَجَبَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَيَّ رُؤُوسَ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ"^(٢).

ورببت على ذلك البطلان، والدليل على ذلك ما ذكرته آيات الذكر الحكيم في كتاب الله العزيز "وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلك قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليهم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً"^(٣).

(١) الهداية وتكملة فتح القدير، ج ٦ ص ٢٧٢ - ٢٧٣.
(٢) الجامع الصغير، للسيوطي، الجزء الأول، ص ١١٨ - كذلك فقد حرمت اللجنة علي الوليد الذي يسعى لأن ينتسب لغير أبيه ووصف بالكافر في قوله ﷺ: "لا ترغبوا عن آبائكم فمن يرغب عن أبيه قد كفر" (صحيح مسلم، ج ١، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣ م، ص ٧٩، (كتاب الإيمان، رقم ١١٣).
وقوله رضوان الله عليه: "من ادعى إلي غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام" - صحيح البخاري، ج ٣، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٤٠٠ هجري، ص ١٥٧، (كتاب المغازي - باب غزوة الطائف، رقم ٣٢٦).
(٣) سورة الاحزاب من الآية ٤ والاية ٥

كذلك فإن القانون الوضعي جعل أول حق من حقوق الطفل بعد ولادته وجود اسم له يميزه عن غيره من الأشخاص^(١)، وهذا تصديق لقول رسول الله - ﷺ - (من حق الولد علي الوالد أن يحسن اسمه ويحسن أدبه) وقال (أنكم تنادون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسماءكم) وقد اختار النبي - ﷺ - لأولاده أحسن الأسماء.

أما بالنسبة للولد من غير زواج كل حقوق الابن الشرعي في مواجهة أبويه^(٢).

ولذا فإن فضيلة الإمام الأكبر الشيخ / جاد الحق شيخ الأزهر السابق قد اعترض علي التبني وحرية التدين للذين كانت تنص عليها الاتفاقية الامم المتحدة لحقوق الطفل سنة ١٩٨٩م وقد أخذ برأية وجاء في أعمال المؤتمر وقد وضعت التحفظات التي أثرت حول بعض مواد مشروع الاتفاقية الخاصة بحرية الطفل في اختيار العقيدة والتبني موضع الاعتبار من جانب الفريق العامل عند اعادة الصياغة في القراءة الثانية التي تمت في جنيف في الفترة من من (١١/٢٩ - ١٩٨٨/١٢/٩) ومن ثم فقد أصبح مشروع الاتفاقية بوضعه الراهن لا يتعارض في اي مادة من مواد مع احكام الشريعة الإسلامية ولذلك تنص المادة ٢٢ من الاتفاقية علي أن : "تضمن الدول التي تقرأ أو تجيز التبني الحق: وعلي ذلك فهذا النص لا يلزم الا الدول التي تقرأ أو تجيز التبني والدول الإسلامية ليست منها - د/ محمد عبد الجواد محمد. حماية الامومة والطفولة ص ٣٥٣ وما بعدها -

- وكذلك بعض الأحاديث أن من أنسب إلى غير أبيه، ملعون من الله - والعياذ بالله - كما أنه لا يقبل منه أي طاعة أو قرية، وهذا تسليماً لما ورد عن الرسول - ﷺ - قال: "ومن ادعى إلى غير أبيه، وأنتمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله، والملائكة، والناس أجمعين، لا يقبل منه صرف ولا عدل - الترمذي ج ٤ ص ٤٣٤. الحديث ٢١٢١. كتاب الوصايا، ابن ماجه ج ٢ ص ٩٠٥ الحديث ٢٧١٢ كتاب الوصايا. والفظ لابن ماجه.

(١) قسم القانون المدني الاسم إلى عنصرين:

- الاسم الشخصي: وهو ما يطلق علي الشخص عقب الولادة ليميزه عن غيره
- اللقب: وهو اسم الأسرة أو العائلة التي ينتمي إليها الفرد وهذا ما نصت عليه صراحة في المواد الآتية من القانون المدني - (١) المادة ٣٨ من القانون المدني حيث جاء فيها ما يأتي: "يكون لكل شخص اسم ولقب واعتبر القانون المدني الاسم من الحقوق الشخصية التي يجب حمايتها مثل بقية الحقوق الشخصية
كما نصت المادة ٥٠ منه علي ما يأتي: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق اللازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر (٢) ١"

وأخيراً نصت المادة ٥١ منه أيضاً علي أن: - لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ومن أنتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر."

(٢) دستور يوغوسلافيا لسنة ١٩٦٣، المادة (٥٨).

نصت جميع الدساتير^(١) علي تمتع الأطفال غير الشرعيين أي هؤلاء المولودين من غير زواج رسمي بنفس حقوق الأولاد المولودين نتيجة زواج رسمي تعترف به الدولة والتي تتمثل أساسا في الأنفاق عليهم وتربيتهم. ومن الملاحظ كذلك أن معظم الدساتير التي تنص علي ضمانات خاصة للأطفال غير الشرعيين هي دساتير لدول اشتراكية (بلغاريا، بولندا، يوغوسلافيا).

وتقرير هذه الحقوق لطفل غير شرعي يبدو أمراً منطقياً، إذ لا ذنب له فيما جناه غيره ولا ينبغي أن يزر وزراً ارتكبه غيره. أو أن يجنى الطفل ثمار ما حصده والداه واهتمام الدساتير بتقرير تلك الحقوق لهؤلاء الأطفال إلى حد كبير من المعاناة النفسية التي قد يعانون منها لشعورهم بأنهم ولدوا خارج نطاق الزواج أمر لا بد منه.

المطلب الاول

الميراث

لا شك من أن هناك بعض المشاكل المتعلقة بالميراث^(٢)، وإن لم تكن موجودة في الماضي، إلا أنها بدأت تظهر وبوضوح في الآونة الأخيرة - ويرجع

(١) وبينما تلقى بعضاً من هذه الدساتير عبء ضمان هذه الحقوق علي الأبوين دون أن تلزم الدولة بشئ في هذا الصدد - فإن البعض الآخر من الدساتير ألزم الدولة بتأمين هذه الواجبات الملقاة علي عاتق الآباء عند عجزهم عن (ومثال ذلك الدستور اليوغوسلافي لسنة ١٩٦٣ لوفاء بها، ومثال ذلك الدستور الايطالي لسنة ١٩٤٧)

وعلي العكس من ذلك ألزمت بعض الدساتير المشرع بكفالة هذه الحقوق لهؤلاء الأطفال دون أن تهتم بمدى مقدرة الأبوين المادية من عدمها ومثال ذلك دستور ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ ودستور بلغاريا لسنة ١٩٤٨ ودستور بولندا لسنة ١٩٥٢) ويتفق ما ورد بالدساتير السابقة مع المبدأ الأول الوارد بالاعلان العالمي لحقوق الطفل والذي يقرر تمتع الأطفال بالحقوق الواردة بهذا الاعلان دون أي استثناء أو تمييز بسبب الميلاد أو بسبب أي وضع آخر للأطفال أو لأسرهم.

(٢) الميراث في اللغة له معان كثيرة منها - انتقال الشئ من قوم إلى قوم آخرين حقيقة أو معنى^(٣) الميراث في الاصطلاح الشرعي له تعريفات عديدة منها أنه :

- عبارة عن اسم لما يستحقه الوارث من مورثه أو هو عبارة عن انتقال مال الغير إلى الغير علي سبيل الخلافة - هو قواعد من الفقه والحساب يعرف بها ما يخص كل ذي حق في التركة ونصيب كل وارث منها - رائد الطلاب - جبران مسعود

السبب في ذلك إلى ظهور المستجدات الطبية في مجال الإنجاب الاصطناعي وتعدد الوسائل المحققة للحمل وكذلك الإنجاب.. وجدير بالذكر من أهم المشاكل المتعلقة بالميراث والتي تظهر في نطاق ممارسات الإنجاب ميراث المولود من الأرحام المستأجرة وخاصة بعد أن تباينت الآراء حول الأم التي ينسب إليها المولود، فهناك من قال بأن الأم هي الأم الجينية وبالتالي هي التي ترث المولود ويرثها، وهناك من قال بأن الأم هي الأم الرحمية، أي الوالدية التي حملت وولدت وكذلك هي التي ترثه ويرثها، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى هناك مسألة في غاية الأهمية والخطورة وهي مدى أحقية ميراث الولد من الأب.

أي أنه من ناحية الأب الذي سيرثه الولد هل هو الأب البيولوجي أم الأب صاحب فراش المرأة المستأجر رحمها مع الأخذ في الاعتبار أننا لما حاولنا تصنيف الحقوق إلى أصحابها في ميراث المولود من الرحم المستأجر جهة الأم ساعدنا وضع المولود بالنسبة أمه من الزنا.

وبعد أن ولد الولد وأصبح حقيقة واقعة ملموسة في الحياة لا بد بأن ننأى بأنفسنا عن غرائزنا المتمثلة في إنجاب الولد شريطة أن يكون هدفنا الأساسي هو مصلحة الطفل لذلك تحتم علينا ضرورة اجتهاد العلماء لمواءمة التطور العلمي التدرجي في مجال الإنجاب الصناعي.

آراء العلماء حول ميراث المولود من الرحم المستأجر:

كان الأمر في البداية ينحصر حول البحث في إمكانية ميراث المولود من الإنجاب الصناعي بين الزوجين وبدون تدخل طرف ثالث، وذهبت الآراء حول تأييد هذا النوع من الإنجاب وثبوت نسبه وبالتالي ثبوت الإرث شريطة تحقق أسبابه^(١) ولكن سرعان ما تغيرت هذه الوسيلة بحجة التطور التكنولوجي في مجال

(١) المستحق للميراث بالنسب بغير واسطة: البنون والبنات والاباء والأمهات النسب الحقيقي: لقول الله سبحانه: (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله). والمستحق للميراث بواسطة بينه وبين الميت.

النسب الحكمي: لقول الرسول ﷺ: (الولاء لحمة النسب) رواه ابن حبان وصححه. / الزواج الصحيح لقول الله سبحانه: (ولكم نصف ما ترك أزواجكم). / ذكور ينسون بذكور وهؤلاء هم العصبة كبني البنين وأن سلفوا وآباء الإباء وأن علوا والآخرة وبينهم وأن بعدوا والأعمام وبينهم وأن بعدوا / فالتركة تقسم على الأقارب من النسب علي

الإنجاب ولكن فى الحقيقة لن يثمر هذا التطور إلا الحيرة ؛ فبعد أن كانت العلاقة بين الزوجين فى مسائل الإنجاب وما يحيطهما من سرية وكتمان أصبح تدخل طرف ثالث شيئاً من المعتاد وبالطبع سيتغير الحكم الشرعى باختلاف الوسيلة المؤدية إلى الإنجاب ؛ ولذلك سوف نتناول عرض الآراء المتباينة باعتبارها نتاج ما منحه لنا اجتهاد العلماء حول مسألة ميراث المولود من الرحم المستأجر خاتمين هذه الباقية من الآراء العظيمة برأينا المتواضع.

والقاعدة التى يجب أن تلاحظ وتراعى وتؤخذ بعين الاعتبار هى (متى ثبت النسب ثبت الإرث) وبالرغم من عدم مشروعية تأجير الأرحام إلا أنه يثبت فيها النسب، وبناء عليه يرث فيها الولد ويورث

وموضوع النسب سبق ذكره وتبين أن هناك خلافاً بين العلماء فى تحديد نسب طفل الرحم المؤجر وكان لنا دور فى هذه الآراء، وما دام هذا الخلاف قائماً فحكم الميراث سيرتبط به ، ولكن أكثر العلماء ذهبوا إلى أنها عملية قريبة وشبيهة بجريمة الزنا ؛ لذلك يستوجب علينا عرض الآراء لميراث المولود من جريمة الزنا حتى يتبين لنا أوجه المقارنة بين ابن الزنا وابن الرحم ؛ وذلك من خلال ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأى^(١) على أن ابن الرحم يعتبر ابن زنا مع العلم بأن أصحاب هذا الرأى انقسموا على أنفسهم إلى قسمين
أولا ثبوت ميراث ابن الرحم المستأجر من جهة الأم:

الرأى الأول:

يرى أن ابن الزنا يلحق فى نسبة بأمه، أما من جهة الميراث فلا يحق لهذا الطفل أن يرث أمه وحاولوا قياس ذلك على ابن الرحم.

حيث رأى أن الطفل المتكون من تلقيح بويضة امرأة بماء رجل غير زوجها فيه معنى الزنا، والحكم الشرعى فيه أن يلحق هذا الطفل فى نسب أمه،

حسب أنصابتهم الشرعية سواء كانوا أصحاب فروض أو عصبات أو من ذوي الأرحام، بالإضافة إلى زوجين
(١) حوار مع فضيلة الأستاذ الجليل الشيخ عبد اللطيف عبد الغنى حمزة مفتى الديار المصرية / مجلة المسلمون / ع ٤٤ / ٢٨ ذى القعدة ١٤٠٢ هـ ٢٣ - ٢٥ / لندن

فابن الزنى يلحق في نسبة بأمه لأنه غير ثابت النسب للأب إما من جهة الميراث فلا يحق لهذا الطفل أن يرث أمه لأنه ابن غير شرعي. ويتوقف الحكم علي اعتبار عملية إجارة الأرحام زنا فتأخذ أحكام الزنا، فإذا اعتبر الفقهاء المولود من الرحم المؤجر هو ابن زنا فيثبت نسبه من أمه ولا يثبت من أبيه وهذا قطعاً كما أسلفنا، لأن الشرع لم يعتبر الزنا طريقاً مشروعاً لاتصال الرجل بالمرأة، كما أن أبوته له ليس مقطوعاً فيه، إذ ربما يكون أبوه شخصاً آخر لأنه ثبت شبهة الاختلاط، وعلى هذا فلا توارث بين ولد الزنا وبين أبيه ولا أحد من أقارب أبيه بإجماع المذاهب الأربعة.

الرأى الثانى:

اتفق أصحاب هذا الرأى مع الرأى السابق من جهة أن ابن الزنا يلحق في نسبة بأمه. ولكنهم اختلفوا معهم حول مسألة الميراث فذهبوا إلى أحقية نسب الطفل فى أن يرث أمه.

وعلى ذلك وتعقب أحد الأراء^(١) على هذه الفتوى قائلاً: وأما قول فضيلته: أنه لا يرث من أمه شيئاً لأنه ابن غير شرعي ففيه نظر؛ لأنه يخالف لقواعد الميراث الشرعي، وذلك للأسباب الآتية:

- أن ميراث الأقارب منوط بثبوت النسب، فكلما كان النسب ثابتاً تبعه الميراث، وكلما أنتفى النسب أنتفى الميراث من طريق القرابة.
- أن فقهاء المذاهب نصوا علي أن ولد الملاعنة وولد الزنا يلحق نسبه بأمه. ولذلك ذهب بعض الفقهاء^(٢) إلي وجوب ميراث ابن الزنا من أمه قائلاً: (ولا شك أنه إذا ألحق نسبه بأمه ثبتت بينهما وبينه جميع أحكام البنوة والأمومة: من حرمة النكاح، وحرمة المصاهرة، والنفقة والميراث، فترثه أمه ويرثها هو بلا خلاف في ذلك).

- الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي رحمهم الله تعالى، قالوا: (أن ولد الزنا يرث أمه وأخوته من الأم بالفرض لا غير وترثه أمه وأخوته من أمه فرضاً لا

(١) الشيخ مصطفى احمد الزرقاء المرجع السابق.

(٢) الشيخ مصطفى الزرقاء - المرجع السابق.

غير، ويرد عليهم الباقي أو عند القائلين بالرد أو يكون لبيت مال المسلمين عند من لا يقول بالرد).

- الإمام أبو حنيفة رحمه الله وأهل البصرة قالوا بالرد.

- سيدنا زيد بن ثابت وابن عباس وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم والإمام مالك والشافعي رحمهم الله قالوا: الثلث للأم والباقي لبيت مال المسلمين. وفي كتاب الدر المختار أحد كتب الحنفية: (ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الأم فقط).

- كما ذهب الشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - حيث قال أنها عملية قريبة وشبيهة بجريمة الزنا ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا فقد اعتبرها جريمة، وإضافة إلى ذلك فقد اثبت في بحث النسب أن هذه العملية قد ينتج عنها اختلاط الأنساب فهناك علة مشتركة بينهما وبين الزنا هي عدم تحقق مقصد حفظ النسب.

ثانياً: ثبوت ميراث ابن الرحم المستأجر من جهة الأب

- أما من جهة الأب فقد اتجه ابن حزم إلى نفي ثبوت ميراث ابن الزنا من أبيه قائلاً: (ولد الزنا^(١) لا يرثه الذي تخلق من نطفته وليس عليه حق الأبوة في بر ولا نفقة ولا تحريم ولا في غير ذلك وهو منه أجنبي).
وذهب البعض^(٢) قائلاً: (وكل من ولد الزنا وولد اللعان لا توارث بينه وبين أبيه وقرابة أبيه بالإجماع وإنما يرث بجهة الأم فقط لأن نسبه من جهة الأب منقطع فلا يرث به، ومن جهة أمه ثابت وقائم، فنسبه لأمه قطعاً، لأن الشرع لم يعتبر الزنا طريقاً مشروعاً لإثبات النسب.

(١) من موانع الإرث ابن الزنا هو المولود من غير زواج شرعي وابن الملاعنة هو الذي نفي الزوج الشرعي نسبه منه وابن الزنا وابن الملاعنة لا توارث بينهما وبين أبويهما بإجماع المسلمين لانتفاء النسب الشرعي. وإنما التوارث بينهما وبين أميهما. فعن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ وأنتفي من ولدها ففرق النبي ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة. رواه البخاري وأبو داود. ولفظه: "جعل رسول الله ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها" ونص مادة (٤٧) من قانون الميراث: "يرث ولد الزنا وولد اللعان من الأم وقرابتها وترثهما الأم وقرابتها".

(٢) د. وهبه الزحيلي في كتاب الفقه الإسلامي وأدلته - المرجع السابق

وبعد هذا العرض الوجيز الذي قمنا به لحكم ميراث طفل الزنا، بناء على ما أوردته آراء العلماء والفقهاء نحو مدى انطباق الحكم السابق على طفل الأرحام، يبقى لدى أن أقوم بدراسة حكم ميراث المولود من إجارة الأرحام وذلك من خلال عرضنا للأدلة التي استندنا عليها.

الخلاف حول لمن يثبت إليها قواعد الميراث الشرعي هل هي الأم الجينية، أم الأم الرحمية:

الرأي الذي ذهب إلى عدم ثبوت الميراث إلى الأم الرحمية:

- كما ذهب البعض^(١) في مسألة الرحم المستأجر^(٢) إلى عدم توريث الطفل المتولد من هذه العملية من المرأة صاحبة الرحم. ولا ينسبون لها صفة أم الأصلية، إنما صفة الأم الحاضنة قياساً على المرضعة، وفي هذه الحالة نسب الولد يكون للزوجين مصدر اللقيحة، أما المتطوعة بالحمل فأنها لا تعتبر أمًا نسبية قطعاً، ولا توارث بينها وبين هذا الولد، ولكنها تعتبر كالأم الرضاعية).

- وهذا ما ذهب إليه أيضاً بعضاً من الفقهاء المعاصرين - جزاهم الله عنا خير الجزاء -^(٣) في ترجيح الرأي القائل بأن الأم هي صاحبة البويضة، لا التي حملت وبالتالي فإنها هي التي يرثها الجنين، وترثه، وذلك لأن الميراث والوصية فرعاً ثبوت النسب، فإذا ثبت النسب ثبت الميراث وقواعد الوصية للوارث، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الميراث ولا قواعد الوصية للوارث.

رأى الباحث:

وما زال الخلاف قائم بين العلماء والفقهاء في ثبوت أمومة الطفل، من هي الأم التي ترث منه ويرث منها وبناء عليه نحن نؤيد الرأي القائل بأن الأم

(١) الشيخ مصطفى الزرقاء - المرجع السابق.

(٢) حيث قال: ومن حالات التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب التي لا يثبت فيها نسب بين الطفل والمرأة التي حملته، هي الحالة التي لا تكون فيها البويضة الأنثوية مأخوذة من المرأة التي زرعت اللقيحة في رحمها: ويتبع قائلاً: .. فتؤخذ منها البويضة ويؤخذ الحيوان المنوي من زوجها فتلقح به في أنبوب الاختبار، ثم تؤخذ اللقيحة في الوقت المناسب، فتزرع في رحم امرأة أخرى تتطوع بحملها، فينمو الجنين في رحمها إلى أن تلده في نهاية الحمل ولادة طبيعية ويسمونها: الأم المستعارة

(٣) د/ عطا السنباطي - بنوك النطف والاجنه - المرجع السابق - ص

الوالدية صاحبة الرحم التي حملت ووضعت هي التي ترثه ويرث منها وهي الأم الأصلية أما صاحبة البويضة فأني أرى أنها لم تبذل أدنى جهد ولم تشعر بأي مشقة أو تعب في هذا الجنين أما غرس نطفتها في رحم غيرها ما هي إلا عطاء أو هبة كزرع الأعضاء أو كأنما أهدرت بويضتها ولو لم تقصد ذلك ولعدم الإطالة والتكرار سبق أن تحدثنا عن طبيعة هذه المنتجات الجسدية من قبل. فمسألة ميراث المولود من الأم البيولوجية مسألة غير واردة بالنسبة لنا وذلك للأسباب سالفة الذكر التي منها أن اعتقادنا بأن هذا المرأة تنازلت عن نطفتها لصاحبة الرحم لا يشوبه أى شك، ولكن هذا لا يمنع من أن يكون هناك وسيلة قانونية أخرى بخلاف الميراث تمكن الأم البيولوجية من منح المولود المتكون من نطفتها بالهبة^(١) التي تريد أن تعطيه إياها حتى ولو مازال جنينا وهذا لصالحه ولكن يتعين لكى ترتب الهبة أثرها أن يولد الطفل حيا.

وإني أميل إلي أن صاحبة الرحم هي الأم الحقيقية بناء على الأدلة التي عرضناها والتي نؤكد بها بقوله تعالى: (للرجال نصيب مما ترك الوالدان....)^(٢) فالذي يرث هو الطفل الذي ولدته لا التي أخذت منها البويضة^(٣). وأن كنا نرى أنه فقط يرث أمه وعصابتها وكذلك هي أيضاً ترثه، وبيننا رأينا هذا على أساس أفضلية وضع المولود من الرحم المستأجر عن وضع المولود من الزنا. وإن كان احتمال اختلاط الأنساب وارد في كلاهما فإن كان نسب المولود من الزنا يثبت للأم التي وضعتة فمن الأدعى يثبت كذلك للأم الرحمية، وبالتالي يثبت الميراث بثبوت النسب.

(١) يتجه جانب من الفقه المصري إلى جواز الهبة للحمل المستكن. وتنص بعض القوانين الأخرى على ذلك. ولا مانع في هذا الصدد من النص على جواز الهبة للحمل المستكن ويتم قبولها بمن يثلونه. فإذا ما ورد نص كهذا، أمكن لمن يمثل الحمل المستكن قبول الهبة. ويكفى أن يتحقق الحمل وقت الهبة، وهذا النص المقترح سيكون شاملا للحمل بصفة عامة، ولو كان عن طريق الرحم المستأجر، وفي هذه الحالة يقبلها من يمثل الحمل المستكن.

(٢) سورة النساء: من الآية ٧.

(٣) زياد أحمد سلامة: المرجع السابق، ١٣٧.

أما بالنسبة أحقية ميراث الولد من الأب لا شك من أن فى الأحوال التى يكتسب فيها الولد النسب من الأب سواء أكان بإقراره صراحة أو ضمناً فإن هذا الاستحقاق يتبعه الميراث، وذلك لأن الميراث فرعاً ثبوت النسب، فإذا ثبت النسب ثبت الميراث للوارث، وإذا أنتفى النسب أنتفى الميراث فالرأي الراجح لدينا بما أنه يثبت نسب المولود من علاقة الزنا للزانى إذا اقره. وبالتالي يثبت الميراث وقياساً على ذلك فمن الأولى أن يثبت النسب ويتبعه الإرث لصاحب النطفة الذكرية فى حالة أنكار الزوج صاحب فراش الأم الرحمية نسب الولد، إلا أنه هناك بعضاً من المشاكل سوف تواجهنا بالرغم من ثبوت النسب للمولود، من أمثلتها:

١- فى حالة إذا كانت الأم بالرحم منفردة وبالتالي ثبوت النسب للأب الجنين ثم توفى الأب يوقف نصيب الجنين حتى يولد ويتبين نوعه :

- وعلى ذلك فإذا قامت بينه بموت الجنين المجمع ، أثناء مراحل أتمام عملية تأجير الرحم فإن ماله يقسم بين الورثة الموجدین آنذاك. وعلى العكس إذا زرع فى رحم بعد ذلك ، واستمر فى نموه وتطوره حتى وصل لمراحله الأخيرة وأنفصل من الرحم حياً بعد ذلك ، فإنه يأخذ نصيبه من الورثة ،

٢- ما مدى جواز تعيين الأب البيولوجي وصى للحمل المستأجر مع العلم بأننا سبق وأيدنا أن نسب وميراث لمولود يتبع لصاحب الفراش وهو زوج صاحبة الرحم ؟

يجوز قانون الولاية على المال فى مصر (فى المادتين ٢٨ ، ٢٩ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) للأب أن يقيم وصياً مختاراً للحمل المستكن ، كما يجعل القانون للمحكمة أن تعين وصياً للحمل المستكن إذا لم يكن له وصى.

٣- وضع ميراث الجنين (نطفة الأمشاج خاصة الزوجين الأبوين البيولوجيين) قبل الغرس فى الرحم المستأجر وحتى ميلاده "

❖ ما هو الوقت المحدد الذى يبدأ منه الحمل لتعيين إستحقاق الإرث طبقاً لما يقضى به قانون الموارث فى المواد (٢ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤) وكذلك ما هو الوقت المحدد لجواز الإيصاء طبقاً لما يقره قانون الوصية فى المادتين ٣٥ ، ٣٦ للمولود من عملية تأجير الأرحام ؟

نطفة الأمشاج المحفوظة في البنك أو الموجودة في المعمل إلى حين غرسها في الرحم المستأجر أو ما يسمى اصطلاحاً بالجنين المجمد، هل يوقف له نصيب في الميراث كالحمل؟ وإذا كانت الإجابة بنعم، فإلى متى؟ والذي أثار تلك المشكلة، أن فترة الحمل بعد أن كانت متصلة ومدتها واحدة، أصبحت مقسمة إلى مدتين.

ولذلك نرى أن المشكلة تبدأ منذ لحظة تخصيب نطف الزوجين وتنحصر في كيفية تحديد الوقت الذي يبدأ منه الحمل هل بنجاح الإخصاب بنطف الزوجين خارج الرحم وقبل الغرس أم منذ نجاحه داخل الأنبوب وبعد نقل النطفة المخلقة إلى الرحم المستأجر.

أولاً: لو ذهب الرأي إلى أن الحمل يبدأ من الوقت الذي يتم فيه الإخصاب خارج الرحم فإنه من بداية هذا الوقت يثار الحديث عن الآثار التي تترتب على الحمل.

وإذا ذهب الرأي إلى أن الحمل لا يكون إلا من وقت نجاح الإخصاب داخل الرحم المستأجر، فإن الآثار التي تترتب على الحمل المذكورة لا تترتب إلا من وقت الغرس داخل الرحم. واستند أصحاب هذا الرأي إلى تأييد القانون وقواعد الشريعة الإسلامية إلى ما جاء بالقرآن الكريم "حملته أمه وهنا" على وهن "وقوله تعالى: "حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً" وحمله وفصاله ثلاثون شهراً...". وهذه هي المرحلة التي قصر فيها العلم على المولى جل شأنه "ويعلم ما في الأرحام". وهي التي يوصف فيها الحمل "بالحمل المستكن". كما أنها المرحلة التي يتحدد بها وضع الجنين من أسرة والديه ومورثيه، حيث يتعين إستحقاقه للإرث طبقاً لما يقضى به قانون المواريث في المواد (٢، ٤٢، ٤٣، ٤٤) كما يجوز له الإيصاء طبقاً لما يقره قانون الوصية في المادتين (٣٥، ٣٦) فهذا ما ذهب إليه القانون، خاصة ما تعلق منها بالمدة. "حملته وفصاله ثلاثون شهراً" "... فان الأمر يتعلق بالحمل والفصال. والجدير بالذكر هو ما يثار حول أقصى مدة للحمل وأقلها. إذ لو قيل أن الحمل يبدأ من وقت نجاح الإخصاب في الأنبوبة لأختلفت المدة عما لو قيل بأنه من وقت نجاح الإخصاب في الرحم.

نرى أن الأصل في الأحوال التى يتم فيها رجوع النطفة المخصبة إلى رحم نفس الأم الطبيعية تحتسب فيها بداية الحمل منذ لحظة نجاح التخصيب خارج الرحم ولا تتعارض مع ما جاء بالآيات القرآنية لأن الأمر س ينتهي إلى أن ينقل بعد ذلك إلى رحم الأم فتحمل الأم الجنين ، وعندئذ لا يوجد ما يعارض نصوص القرآن سابقة الذكر ورغم تأييدنا لوجهة النظر السابقة ، إلا أنه (سيسبب هذا مشكلة عميقة فى مسألة الرحم المستأجر).

ويرجع السبب فى ذلك إلى اختلاف الآثار المترتبة من ميراث وحضانه ورضاعة... فى حالة قبل غرس نطفة الأمشاج وأثناء وجودها فى الأنبوب المعلى وبعد غرسها فى الرحم المستأجر؟

ببساطة شديدة أثناء وجود نطفة الأمشاج فى المعمل أى قبل الزرع أو الغرس فى الرحم المستأجر تكون التبعية إلى الوالدين البيولوجيين، وبالتالى تنصرف جميع الآثار القانونية المترتبة من حقوق للجنين عليهم باعتبار أنهم الوالدين ، أما بعد وضع النطفة فى رحم المستأجر وتكملة الرحلة فى مكانها الطبيعى وهو الرحم الطبيعى بصرف النظر عن لمن يكون هذا الرحم هل للام الوالدية أو للام الجينية المهم أن الرحم هو المكان الطبيعة الذى يأوي هذا الجنين ثم يتبع ذلك انصراف جميع حقوقه السابق ذكرها بموجب قانون الموارث فى المواد (٢ ، ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤) يذكر نص القانون وغير ذلك من حقوق... إلى الأم الوالدية وزوجها الذى وافق على هذا الوضع كما سبق ذكره فى الفصل السابق؟ مما سبق نجد أن فى الحمل المستأجر لحساب الغير احتساب مدة الحمل من لحظة التخصيب المعلى سيضعنا أمام مرحلتين للحمل وبالتالى سيتبع كل مرحلة الآثار الخاصة بزويها ولكن لو سلمنا أن مدة الحمل تحسب منذ لحظة وضع نطفة الأمشاج فى الرحم المستأجر سنطبق مبدأ وحدة الحمل مثل الحمل العادى أو الطبيعى ونرى فى هذه الحالة ستجسب مدة الحمل منذ لحظة وضع نطفة الأمشاج فى الرحم المستأجر مع الاحتفاظ برأينا حول مسألة إتلاف النطفة المتخلقة بشكل صورة من صور الإجهاض ، ينبغى أن تمتد إليه الحماية القانونية التى يقررها القانون ، ويكون من المتعين مد حكم الإجهاض بنص خاص إلى حالة الإتلاف الذى يلحق نطفة الأمشاج التى يود (أصحابها) زرعها فى رحم الغير.

ماذا يحدث لو: اعتبرنا أن مدة الحمل تحسب منذ بدء الإخصاب فى الأنثوية أى بعد نجاح تلاقى نطف الزوجين واعتبارها نطفة أمشاج، فهل يجوز عدول الزوجين أو صاحبة الرحم المستأجر على تكملة الغرس داخل رحمها باعتبار أن النطفة قد خصبت بالفعل وبهذا نكون أمام مرحلة من المراحل التى ذكرها لنا القرآن الكريم من مراحل الحمل، وكذلك هل لو توفى الزوج بعد التخصيب وقبل غرس نطفة الأمشاج فى الرحم المستأجر يحق لورثته عند وفاته، أى اعتراض على تكملة رحلة الحمل فى رحم مستأجر؟ كما هل تجبر صاحبة الرحم المستأجر (بموجب الاتفاق العقدى المبرم بين أطراف العلاقة وخاصة لو قبضت مبلغ من المال) على إدخال النطفة المتخلقة فى رحمها؟.

وخلاصة القول أنه لا يحق للورثة منع أو اعتراض تكملة رحلة الحمل وهذا لانصراف رغبة صاحب النطفة أكمل ومواصلة هذه الرحلة وموته مصمم على إكمالها بعد أن أصبحت نطفة أمشاج. ويجرم موقف الوالدين صاحبة النطفة وصاحبة الرحم إذا فكرا أن يتراجعا وقررا إهلاك هذه النطفة. المهم فى النهاية نحن لا نؤيد بأى حال من الأحوال هلاك النطفة وذلك لعدم تأييدنا لجريمة الإجهاض، حتى ولو كانت فى مرحلة نطفة الأمشاج والسبب فى تعليلنا هو ذكر الله - عز وجل - فى آيات الذكر الحكيم دور النطفة فى مراحل الحمل باعتبار أنها مرحلة من مراحلها.

المطلب الثانى

الحق فى الحضانه

الحضانه تأخذ حكم الوجوب؛ لأن المحضون يهلك بتركها حيث أنه فى ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعاية الحاضنه. وهى نوع ولاية وسلطة يقدم فيها الإناث عن الرجال؛ لأنهن أفضل وأجدر بها وأشفق وأصبر على القيام بها وهى حق للأم ثم لمحارمها من الإناث فهل ينطبق على صاحبة الرحم أحكام الولاية أو الوصايا لو توافرت فيها الشروط الخاصه التى ينبغى أن تتوافر فى من له الحق فى الحضانه من الإناث^(١).

(١) (أ) أن تكون قريبة للطفل وذات رحم محرم منه، وذلك كالأم والأخت والخالة والعمه. وعلى هذا، فلا حضانه لغير القريبه وأن كانت محرماً له كالأم أو الأخت من الرضاع،

١- صاحب الحق في الحضانة :

من هو صاحب الحق في الحضانة^(١)؟ هل هو حق لله تعالى؟ ومن ثم سيتعلق بالنظام العام أم أنه حق الحاضنة فلا تجبر عليها عندئذ أم حق المحضون أم حق الأب؟ أو من يقوم مقامه فإن أمكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب المصير إليها؟ أولا وأن تعارضت قدم حق المحضون علي غيره. لأن مدار الحضانة على نفع الولد، وذلك فمناط ضم الصغير ليس بمجرد ثبوت حق الأم فحسب وإنما

ولا للقريب غير المحرم كينت العم أو العمة أو الخال أو الخالة وأنظر البدائع، ج ٤ ص ٤٢.

(ب) ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير لما رواه احمد وغيره أن امرأة قالت: يا رسول الله أن ابني هذا كأن بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه أنه ينزعه مني فقال: "أنت أحق به ما لم تنكحي"

لأن هناك احتمال أن يشعر المحضون بعدم ارتياح وبالجفاء والذلة من زوج أمه. ولهذا لو تزوجت الأم بعم صغيرها لا يسقط حقها في الحضانة، لأن العم قريب من الأب في حب الطفل والحدب عليه

(ج) ألا تكون مرتدة، لأنها حينئذ يجب أن تجلس حتى ترجع إلى الإسلام أو تموت، فلا تصلح إذن لهذه المهمة ولو رجعت إلى الدين عادلها حق الحضانة، وهكذا في كل سبب سقط حق الحضانة من أجله، فإن هذا الحق يعود لصاحبه متى زال السبب الذي كان علة سقوطه.

حتى ذهب رأى بعضا من الفقه أن الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها د. محمد يوسف موسى: أحكام الأحوال الشخصية ج ١ سنة ١٩٥٦ ص ٣٩٤ من الهامش) وسقطت عنها الحضانة ولا يرى الأحناف البدائع ج ٤، ص ٤٢، الشرح الكبير ج ٢، ص ٥٢٩.

والمالكية ضرورة إسلام الحاضنة إذا كان الصغير مسلماً، لأن الشفقة هي أساس رعاية الصغير وهو فطرة إنسانية لا تختلف بتنوع الأديان. ويخالف في ذلك الشافعية^(١) والحنابلة، لأن الحضانة عندهم ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

والأرجح رأى الأحناف والمالكية، وهو ما عليه العمل أمام القضاء المصري. وأن كنا نرى سقوط حضانة المرتدة حتى تعود إلى الإسلام وهذا رأى الأحناف كما نص عليه "الكاساني" البدائع ج ٤ ص ٤٢.

(١) معنى الحضانة في لغة: مأخوذة من الحضن وهو الجنب والضم إليه. وكذلك المرأة إذا حضنت ولدها وتسمى المرأة حاضنة

معنى الحضانة شرعا: تربية ورعاية الطفل في المدة التي لا يستغنى فيها عن النساء ممن لها الحق في تربيته شرعا

تعريف الحضانه عند السادة فقهاء الشافعية :

حفظ من لا يستقل بأموره وتربيته بما يصلح ويقيه ما يضره

المناط حيث هو انتفاء المضارة، فإذا كانت حق للمحضون علي أمه فهل تجبر الأم علي حضائته؟

لا توجد أية مشكلة في ثبوت الحضانة لصاحبة الرحم المستأجر باعتبارها الأم الوالدية كما جاء في كتاب الله، وخاصة عندما تنهض مشاعر الأمومة بها وتراجع عن تسليم المولود إلى صاحبة النطفة الجينية باعتبار ما جاء في العقد أو الاتفاق المنعقد بينهما، ستكون هي أولى بحضانة المولود لما شعرت به من مشاعر الأمومة المولودة مع الطفل، ولكن على الرغم من ذلك، تبدأ المشكلة مع نزوح هذا الحق من الأم الرحمية لأي سبب من الأسباب أو الشروط الحق في الحضانة فهل تنتقل الحضانة إلى الأب باعتباره زوج أم صاحبة الرحم وخاصة عندما يكون المولود أنثى ومعروف ما تحتاجه البنت من رعاية النساء خاصة في سن معين أم من هي صاحبة الحق في الحضانة بعد الأم الرحمية وما هو ترتيبها ضمن أصحاب الحقوق في الحضانة؟

ب - مناقشة الشروط الداعية لثبوت الحق في حضنة ابن الرحم المستأجر:

من الشروط التي تستحق منا التمحيص لتأثيرها بمحل بحثنا شرط أن تكون الحاضن " قريبة للطفل وذات رحم محرم منه، وذلك كالأم والأخت والخالة والعمة. وعلى هذا، فلا حضانة لغير القرينة وأن كانت محرماً له كالأم أو الأخت من الرضاع، ولا للقريب غير المحرم كبنت العم...^(١). فهل يصح تطبيق الشرط السابق على الأم الرحمية ومن يليها في الترتيب:

لو طبقنا هذا الشرط على الأم الرحمية لأدى ذلك إلى أن الإخوة في الرحم ليس لهم الحق في الحضانة وليس هذا فحسب بل والأم الرحمية ذاتها لن يحق لها حضانة مولودها وبالطبع هذا تعسفا عليها، وغير عادل وغير معقول لأنه يتعارض مع قول الله تعالى " أن أمهاتكن إلا اللاتي والدتكم، كما نعتقد من جانبنا أن هذا الشرط يعد رداً كافياً على أصحاب الآراء التي ذهبت إلى تأييد هذه العملية واستندت على انصراف دور الأم بالرحم كمثيلتها الأم الرضاعية، فهذا غير معقول لأنهم لو تساوى لن يبقى للام الرحمية الحق في حضانة

(١) وأنظر البدائع، ج ٤ ص ٤٢.

مولودها الذى تكون متضمنا مع تكوين جسدها وعند نزعها منها بالولادة اصبح جزء من الكل أما البذرة أى البيضة المخصبة، فهى رسول تنتقل من خلاله الصفات وراثية من الأجيال السابقة إلى الأجيال اللاحقة.

أما بالنسبة للأخوة فى الرحم وحفاظا على الأنساب من وقوعها فى الرزيلة فسوف نقوم بمحاولة استنباط تكييف وضع حق الأخوة من الرحم فى حضانة إخوانهم من والدتهم والعكس.

على الرغم من تحريم التبني فى الشريعة الإسلامية وبإلطبع نحمد الله على طاعتنا لأوامره - عز وجل - ، كان نظام التبني قبل الاسلام يحق للابن بالتبني أن يرث من أبويه ويحرم عليه الزواج من إخوانه لأبويه بالتبني بالرغم من مضار هذا النظام الذى حرمة الإسلام لرجحان عيوبه ومساوئه على مميزاته القليلة لكننا يمكن أن نستفيد من هذا القليل فى تكييف وضع الإخوة من الرحم على وضع الإخوة من المتبنى وكذلك وضع زوج الأم الرحمية.

بالنسبة إلى الإخوة قبل تحريم نظام التبني كان يحرم على الولد بالتبني الزواج من إخوانه أولاد الرجل الذى تبناه، وبالتالي يحق له الحضانه ويحق لآخوته من أبويه بالتبني حضانه أخيهام المتبنى وكذلك الميراث، أى أنه لا يوجد فرق بينه وبين إخوانه، ويستفاد مما سبق جواز منح الأخوة بالرحم حق حضانه أخوهم وهذا يرجع إلى ارتباطهم بميلادهم من رحم واحد وتغذيتهم وتكوين أجسادهم من أم واحدة، وبإلطبع سيتولد عندهم مشاعر الأخوة وستوافر الرحمة فى قلوبهم تجاه رعاية الصغير باعتباره أخ لهم

أما بالنسبة لحق زوج الأم الرحمية فى حضانه المولود، وعلى الرغم من رأينا السابق فى تأييدنا لنسب المولود لزواج الأم الرحمية، وذلك تطبيقا لقاعدة الولد للفراش الا أنه بالنسبة إلى حق الحضانه يوجد لدينا بعض التحفظ، لا شك من أننا نهدف من وراء دراستنا هذه إلى مصلحة المولود أولا وأخيرا ، رغم تأييدنا لنسب المولود إلى زوج الأم الرحمية الا أننا نرى أنه هناك احتمال بأن يكون هناك ضعيفه عند زوج الأم الرحمية ؛ لأنه فى الغالب تكون هذه الشخصيه غير متزنه ولن نقول غير سويه لأن هذا احتمال قائم ولأن موافقته على مثل اجراء هذه العمليه تجعلنا نشك فى إمكانية أن يكون هذا الرجل أبا يصلح لأن

يكون حاضنا لطفل وخاصة لو كانت المولودة أنثى، ونريد أن نجدد بالإشارة هنا أن رأينا فى مسألة نسب الطفل إلى زوج المرأة الرحمية، كان حفاظا منا على مستقبل المولود من الضياع وسط هذه الغوغاء

لذلك رأينا أن فى نسب المولود له ضرورة، وجعلنا الباب مفتوحا أمام المولود فى أن يكون هناك فرصة للأب البيولوجى عند عدم موافقة زوج الأم بالرحم على نسب هذا المولود، لكن على الرغم من ذلك وجدنا أن مسألة الحضانة مختلفه ؛ لأنها تربية ورعاية للصغير فى بيت هذا الرجل وإحساسه بعدم وجود صلة دم بين وبين الصغيرة وخاصة عندما تكبر وتكون فى سن خرج سوف يفتح بابا للزيلة مما يجعله غير صالح لهذه الحضانه وخاصة أن مثل هؤلاء الرجال فى الغالب تكون ثقافتهم بسيطة وأحيانا منعدمة وذلك لإقبالهم على مثل هذه العملية، لذلك نرى أنه ينبغى أن تترك مسألة حضانة زوج الأم الرحمية فى تقديرها إلى القاضى.

وهذا ليس تجزئة فى رأينا لأننا سبق، وأن نسبنا الطفل إلى زوج الأم الرحمية، ولكن الدافع من هذا كان حفاظا على المولود من ألا يكون أب عند عدم موافقة أبويه على استلامه أو... أما بالنسبة إلى عدم تأييدنا إلى إلحاقه بالحضانة هو خوفا منه على عدم رعاية الصغير لعدم وجود صلة دم بينهم، ولعل هذا كان من ضمن الأسباب التى جعلت الله - عز وجل - يحرم التبنى بعد ظهور الإسلام

أما رأينا فى مسألة وحدة الدين بالنسبة للحاضن والصغير، فلنا فيها وقفة وتعقيب فى عملية الرحم المستأجر، هناك احتمال أن تكون الأم تدين ديانة غير الإسلام شأنها شأن المرأة غير المسلمة التى تتزوج من الرجل المسلم وتكون حاضنة على أولاده، ولكن فى هذه الحالة لا يوجد لدينا أى اعتراض بأعتبار أن الحاضنة هى أم الصغير، فالذى يحكم مشاعرها ليست الديانة بل الذى يوجه مشاعرها هى عاطفة الأمومة تجاه ابنائها ولكن يختلف الأمر إذا كانت الحاضنة هى غير الأم أى تليها فى الترتيب السابق وتدين غير الاسلام هنا يبدأ الأخذ فى الاحتياط لأنه سيكون الوضع بالنسبة لها تكليفى فهناك احتمال أن تقترن به

مشاعرها أو لا ولذلك لا نؤيد رأى فقهاء السادة الأحناف^(١) والمالكية.

بالرغم من أن هذا ما ذهب عليه العمل أمام القضاء المصرى فى عدم ضرورة وحدة الدين. والراجع لدينا هو ما ذهب اليه رأى فقهاءنا الشافعية والحنابلة ، بالإضافة أنهم يروا أن الحضانة عندهم ولاية. ولا ولاية لغير المسلم على المسلم. وانطلاقا مما سبق هناك سؤال يطرح نفسه.

هل من حق الأم الرحمية الحاضنة للمولود التنقل والسفر بعيدا عن صاحبي البويضة والنطفة أم يحق لهم استصدار أمر بمنعها من السفر والتنقل دون الرجوع إليهم فى حال خوفهم بهروبها مع الصغير؟

لا يحق للأبوين البيولوجيين منع الأم الرحمية منعها من السفر ؛ وذلك لما تختص به هذه المرأة من استقلالية فى أمومتها ولكن فى حالة رفض زوجها نسب المولود ينسب الطفل إلى الأب الجينى وعندئذ نرى من وجهة نظرنا أن يطبق عليها جميع الأحكام السابقة^(٢).

(١) البدائع ج ٤ ، ص ٤٢ ، الشرح الكبير ج ٢ ، ص ٥٢٩. الدرر وحاشية ابن عابدين ، ج ٢ ص ٦٥٦ ، وراجع فى هذه الشروط عند المالكية ، بالنسبة للحاضن رجلا أو امرأة ، شرح الدردير وحشية الدسوقي ، ج ٢ ص ٥٣٨ - ٥٤٠.

(٢) ولل قضاء الشرعى أحكام عديدة فى القضايا الخاصة ومشاكلها ولل كثير من هذه الأحكام دلالات وقواعد صدرت ومبادئ قررتها ، ونكتفى هنا بأن نشير إلى هذه الأحكام. الحكم الأول : وقد صدر من محكمة كرموز الجزئية بتاريخ ١٠ أبريل سنة ١٩٣٢ وتأييد من محكمة الإسكندرية الابتدائية فى ٢٩ مايو سنة ١٩٣٢ وهو يقضى برفض دعوى أب طلب أبنته الصغير إليه ، لإقامة أمها وهي زوجته فى بلد بعيد عن البلد الذى كان محل إقامتها وفيه عقد زواجهما ، وهذا يسقط حقها شرعا فى الحضانة. وقد استندت المحكمة فى حكمها إلى أن الثابت فقها أن الأم أحق بالحضانة قبل الفرقة وبعدها ، وأن نشوز الزوجة لا يسقط حقها فى الحضانة ، وعلى الأب إذا أراد ضم الصغير إليه أن يطلب دخول أمه فى طاعته ، مادامت الزوجية قائمة ، فإن لم يفعل وطلب ضم الصغير وحده كان ظالما ولا يجاب إلى طلبه لأن ذلك يفوت على الأم حضانتها وحق رؤيته ، وهكذا قرر هذا الحكم هذه القاعدة : " إذا انتقلت أم الصغير بولدها ولو إلى مكان بعيد فليس للأب حق نزعها منها مادامت الزوجية قائمة : لأن له عليها سلطان الزوجية وإدخالها فى طاعته ، فيضمنه بضمها إليه ، وكذلك المعتدة لوجوب إسكانها بمسكن العدة " المحاماة س ٢ ص ٦٥٧ وفى اسباب الحكم نصوص فقهية قيمة)

الحكم الثانى : وقد صدر من محكمة بيا الجزئية فى ٢٥ مايو ١٩٣١ وتأييد استئنافيا من محكمة بني سويف الكلية فى ٢٠ يولييه ١٩٣١ ، وقد قرر هذه القاعدة ، برفض طلب الأب ضم ابنه الصغير إليه لعدم تمكنه من الحضور من بلده إلى بلد أمه حاضنته لرؤيته والعودة قبل السبيل ، مادامت الأم مقيمة فى بلد هي وطنها ولم يسكن بينها وبين بلد

المطلب الثالث الرضاعة

تمهيد:

بما لا شك في أن الرضاعة من الحقوق المترتبة علي الزواج ؛ باعتبار أنها حق

الأب التي ابتعد هو عنها تفاوت كبير يمنعه من الذهاب لرؤية ولده والعودة إلي بلد قبل الليل .
سواء أكان ابتعاده عن ذلك البلد بإرادته أم بغير إرادته ، لأنه لا ذنب للحاضنة في هذا علي كل حال.

ويؤخذ من وقائع هذه الدعوى أن المدعي كن قد تزوج المدعي عليها في بلدها بني مزار ثم رزقت منه حال قيام الزوجية بينت ، وطلقت منه في البلد المذكور ، وانتهت عدتها بوضع الحمل ، ثم أقامت المدعي عليها بمدينة "بي" وأخذت عليه حكما من محكمتها بحضانة الصغيرة بتاريخ ٢٩ أكتوبر.

سنة ١٩٣٠ حين كان المدعي مقيما ببني مزار ، وأنهى الأمر بإقامته بأسيوط بحكم وظيفته ، حيث رفع هذه الدعوى طالبا ضم ابنته إليه وهي لا تزيد سنها علي سنتين وثمانية أشهر (المحكمة س ٣ ص ١٦٥)

"الحكم الثالث: " وقد صدر من محكمة دمنهور في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٧ ولم يستأنف ، وهو يقرر في حثياته أن المنصوص عليه شرعا أن غير الأم الحاضنات ليس لها نقل الصغير من بلد أبيه إلا بإذنه ، ولكن بعض الفقهاء ، حول المنع علي المكانين المتفاوتين بحيث لو خرج الأب لرؤية والده لا يمكنه الرجوع إلي منزله قبل الليل ، لا المتقاربين حيث لم يفرق بين الأم وغيرها في ذلك . (مجلة القضاء الشرعي س ٤ ص ٣٦٦ وراجع مثل هذا في حكم محكمة الجمالية بتاريخ ١٥ أبريل ١٩٣١ المحكمة س ٣ ص ١٦٣)

وهكذا نرى أنه من الضروري الوقوف علي أحكام القضاء التي تعتبر تطبيقا عمليا للنصوص الفقهية ، ففيها تعالج مشاكل الحياة العملية ، وينظر القاضي لهذه النصوص علي ضوء الواقع في الحياة نفسها.

الحكم الرابع
حكم محكمة جرجا في ٢٣ بولية سنة ١٩٣٣ وهو يقرر أن لكل من الحاضنة والمحضون حقا في الحضانة إلا أن حق المحضون أقوى من حق الحاضنة وأن إسقاط حقها في الحضانة لا يسقط حق الصغير.

حكم محكمة العياط في ٧ أكتوبر سنة ١٩٢٨ وفيه أن تبرع غير الأم بنفقة المحضون الرضيع لا يسقط حقها في حضانة هذا الرضيع بل يبقى في يدها ولا ينزع منها مادام رضيعا وذلك حطلي لا يضار الصغير برمائه من أمه التي هي أشفق الناس عليه وأكثرهم صبورا علي خدمته فيجب حينئذ أن يراعى في أحكامهم . راجع في هذه الأحكام المحكمة الشرعية ص ٢ ع ١٠٤ ص ٩ س ٥ ع ١٠٤ ص ١٧٠ ص ٣ ع ٤ ص ٣٥٧ (١) - حكم محكمة المحلة في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٠ وقد قرر أن تنازل أبي الصغير عن الحكم بضمه بعد تجاوز سن الحضانة من حق الصغير شرعا وأن بقاء الصغير عند أبيه بعد بلوغه سن الحضانة من حق الصغير شرعا وأن حكم المحكمة بضم الصغير لأبيه هو المظهر الفعلي لحكم الشرع به وأنه إذا كان حكم المحكمة يتعدي أثره لغير المحكوم له (والغير في هذه القضية هو الصغير) فلا يملك المحكوم له التنازل عن الحكم (

للطفل وخاصة في الفترة الأولى من حياته. فاحتياجاته تنحصر في تغذيته بلبن الأم أو من يقوم بمقامها، وإلى العناية به عناية خاصة من قبل النساء، فالمرأة التي ترضع المولود أن لم تكن أمه التي ولدته فغيرها، وإذا كان القرآن الكريم أطلق علي الوالدة أما في قوله تعالى: **إِنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدَتْهُمْ**^(١) أطلق علي المرضعة وأن لم تكن والدة أما أيضاً. قال تعالى: **لِأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ**^(٢) ويفهم من آيات الذكر الحكيم أن من خلال الرضاعة يكون المولود جزءاً آخر من أمه.

فالأصل أن يكون الإرضاع واجباً علي الأمهات بالشروط التي بنيت عليها مشروعية الرضاعة^(٣) والأنفاق عليهن واجبي على

(١) سورة المجادلة جزء الآية (٢).

(٢) سورة النساء جزء الآية (٢٣).

(٣) أولاً: من القرآن الكريم

إرضاع الطفل مشروع بالقرآن الكريم والسنة المطهرة والإجماع والمعقول. قوله تعالى: **(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعُهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ)** (سورة البقرة جزء الآية (٢٣٣).

قوله تعالى: **(وَأِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَرِّضُوا لَهُ أُخْرَى)** سورة البقرة جزء الآية (٢٣٣). وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين: أن الله - تعالى - أمر الوالدات بإرضاع الطفل إذا تعين ذلك عليهن لفقر أبيه مثلاً أو لعدم من يقبل الرضيع ثديها، وأن الأم لو امتنعت عن إرضاع ولدها وكان الأب ذا قدرة وجب عليه أن يحضر مرضعة لإرضاع الصغير 'أحكام القرآن للجصاص ١٠٧/٢، تحقيق محمد الصادق قمحأوي، طبعة عام ١٩٨٥م، دار إحياء التراث العربي. وفي تفسير قوله تعالى: **(لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ)** يقول الإمام القرطبي: لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع وهذا قول جمهور المفسرين. الجامع لأحكام القرآن ١٦٧/٣.

ثانياً: السنة المطهرة:

عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله - ﷺ - "كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت". سبق تخريجه ص ٢٢٥.

وجه الدلالة من الحديث:

أن قوت الرضيع اللبن وأن قوته يقوم به أبوه، وبين النبي - ﷺ - إثم من يضيع من يقوته، فدل علي أن الرضاع مشروع، لأنه قوت الطفل.

ثالثاً: الإجماع:

=

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن المرء نفقة أولاده الذين لا مال لهم". الإجماع، تأليف: محمد بن إبراهيم بن المنذر، المتوفى سنة (٣١٨) هـ، تحقيق وتعليق: عبد الله عمر البارودي، دار الجنان، الطبعة الأولى ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ص ٨٤ وحكاية عنه ابن قدامة في المغنى ٥٨٣/٧، دار البصائر.

رابعاً: المعقول:

فلأن حياة الطفل قائمة على الإرضاع وبدونه يتعرض للهلاك لذلك كان إرضاع الطفل مشروعاً وواجباً والرضاع حق للطفل علي والديه بصرف النظر على الوسيلة المتبعة التي أنجب منها سواء أن كانت مشروعة أو غير مشروعة فإذا لم يوجد، أو كان عاجزين عن الرضاعة والاتفاق فحق الطفل في الرضاع يكون في بيت المال كأبي فقير من فقراء المسلمين عند عجز والديه على إرضاعه والدولة المسلمة التي تسير على منهج الإسلام ملزمة برعاية جميع أفراد الأمة من حيث المرافق العامة والخدمات وهي ملزمة فوق هذا الالتزام العام بالاتفاق على جميع الفقراء والعاجزين عن الكسب وهذا نموذج في الضمان الاجتماعي لم تصل إليه القوانين الوضعية مع أن الإسلام قد قرره منذ أربعة عشر قرناً. ومن الثابت تاريخياً أن من بين الأوقاف الخيرية التي أوقفها صلاح الدين الأيوبي "وقفاً لإمداد الأمهات بالحليب اللازم لأطفالهن جعل في أحد أبواب قلعة دمشق ميزاباً يسيل منه الحليب وميزاباً آخر يسيل منه الماء المذاب بالسكر فتأتي الأمهات يومين في كل أسبوع فيأخذن لأطفالهن ما يحتاجون إليه من الحليب والسكر". تفسير القرطبي ١٦١/٣. من روائع حضارتنا مصطفى السباعي ص ١٢٧، المكتب الإسلامي ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م، بيروت.

أتذكر موقف شخصي قد مر على بالفعل عندما قام أحد الأقرباء بأعمال خير في صورة تبرعات ولعدم الإطالة أخبرني أحد العاملين بمستشفى (الشاطبي) بالولادة بالإسكندرية أن المستشفى لا يوجد بها لبن للأطفال الذين يولدون في الوقت الذي تكون فيه الأم غير قادرة صحياً على الإرضاع حتى أنه وصل الحال إلى درجة موت الأطفال لعدم وصول اللبن لهم هذا هو اليوم قالوا عجز في الدواء أو عدم وجود ميزانية من الأصل للدواء ونرد بأن هذا إخلال وتقصير ولكن عندما يصل الحد إلى عدم وجود غذاء للأطفال حتى يموتون جوعاً فماذا نقول عندئذ تقصير أيضاً؟ منذ عشرين عاماً تقريباً كانت وزارة الصحة تصرف للأمهات الغير قادرات غذاء (لبن بديل للرضاعة للطفل حسب عمره حتى عمر سنتين) ونعتقد والله أعلم أن هذا الغذاء كان معونات من الخارج... ولعدم الإطالة بدون فائدة نوجه من خلال بحثنا هذا نداء إلى المختص بمثل هذه المسائل إيا كان درجته الوظيفية غذاء الأطفال حديثي الولادة بالأخص لا بد أن يوضع تحت النظر بل وتسلط عليه الأضواء ويكون في المرتبة الأولى ضمن ميزانية الدولة لأننا لو ساعدنا على إنشاء جيل معافى صحياً سوف يكون هذا سبباً لحل جميع مشكلتنا المستقبلية.

واليوم كم يعاني الأطفال الرضع من إهمال الرضاعة وكم هي الفوائد التي تفوت الأم والطفل بعدم الرضاعة والمجال بعد هذا واسع لا يتسع له هذه المقام وفيما ألحنا إليه إشارة لمن كان له قلب أو ألقى السمع وهو شهيد.

ونريد أن نوجه نداء من خلال هذا الكتاب المتواضع للمطالبة بحق الطفل بالإضافة إلى أننا لدينا حل لهذه المشكلة وهو حل سريع لوجود دخل مادي يخصص جزء منه للأطفال بدلاً من أن نهتم بثقافة الطفل بدخوله المكتبة أو الاعلانات عن مدارس

الأب^(١) ولما أطلق الشارع علي المرضع لفظ الأم الرضاعية رتب علي ذلك أحكام تقوم علي تحريم نكاح هذه المرضع علي الرضيع ، كما رتب أحكاما أخرى... ولقد عني فقهاء الأوائل بأحكام الرضاع، وفصلوا القول في مسائله وصوره، لذا كان واجب كل رجال القانون والفقهاء السعي إلى العلم بالأحكام التي تتعلق ببيان شروط الرضاع المحرم ؛ ليكونوا علي بينة منها. وكذلك واجب

=

جديدة له توفر أولا له الغذاء الذي يجعله يفهم تلك الثقافات التي نريد أن ينمو عليها..... المهم الحل ينحصر في أن هناك ضرائب تجمع من الأفراد وتخصم منهم دون علم الأفراد إلى مصادر الصرف

نقترح على الدولة أو أى جهة رسمية أن تكون لجنه يشترط في تكوينها أن يكون أعضائها مصدر ثقة من الناس أجمعين أى أنه يغلب فيها آراء الأغلبية بنسبة أكثر من خمسة وسبعون بالمائة صوتا لترشيح أعضاء هذه اللجنة على أن يكونوا من أهل القانون والشرع والطب وعلماء اجتماع ونفس وأن يكون صندوق ويعين عيه أمينا تجمع فيه الزكاة ويكون المنهج المتبع لهذه اللجنة المنوطة هو نفس المنهج الاقتصادي الذي أتبعه سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه لأن هناك مشكلة وأنا على دراية كاملة بها ولستها بالفعل وهى أن الأفراد الذين يريدون دفع ذكاتهم يجدون صعوبة فى دفعها وتنحصر هذه الصعوبة والمشقة فى (ضيق الوقت - عدم الثقة فى من يجدونه لتوزيعها إلى مستحقيها - عدم وجود مصارف معتمدة لأعمال الزكاة) وبموجب هذه اللجنة توزع الأعمال على أن يكون دور أمناء صندوق الزكاة منفصل عن دور المختصون بصرفها وذلك لتفادى الشبهة وإضافة أخرى للمقترح وهى أن يجب فصل دور الحكومة فى هذا الشأن لأنه سيعقد من باب الأعمال الخيرية تحت الرقابة القانونية أى وزارة العدل والقضاء بحيث يخصص ميزانية معتمدة للأطفال بموجب قوانين حقوق الطفل من هذه الميزانية.

وأخيرا لضمان سلامة الذمة يجب إصدار جريدة مجانية رسمية خاضعة لوزارة العدل ويكون عددها شهريا تتضمن مجمل الإيراد السنوي مطروح منه المصروفات مع بيان مصادر الصرف وتعتمد هذه الميزانية وتناقش سنويا ويكون تجديد الترشيح للأعضاء لمدة سنتان وشرط أساسى للميزانية هو العلنية من خلال الجريدة الرسمية على أن تكون هذه الجريدة متضمنة باب مقسم لتوجيه العامة من خلال هذا الباب مقترحاتها واعتراضها ويكون هذا دوريا.

نعتقد أن الثالث نظام الاسلامى سيكون بديلا وخير معينا بدلا من انتظار التبرعات والمعونات من الداخل والخارج وهناك نموذج مطبق من الواقع كدولة السعودية الشقيقة (١) مادة ٢٩٣ - كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوج أو أقاربه أو أصهاره أو أجره حضائه أو رضاعه أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي سنة ويغرامة لا تتجاوز مائة جنية مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولا ترفع الدعوي عليه إلا بناء علي شكوي من صاحب الشأن وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوي ثانية عن هذه الرمة تكون عقوبته الحبس مدة لا تزيد علي سنة.

على كل باحث أن يسعى ويستنبط بالاجتهاد والقياس على المسائل الشرعية التي تفسر حق المولود من الرحم المستأجر في الرضاعة هل يثبت من الأم بالرحم أم الأم الجينية؟ أم سيؤجر له مرضعة ظئر ويصبح له أم ثالثة؟ ومن ثم سيتم تكوينه من الأمهات الثلاث السابق ذكرهن، ويمكن أن يكون هذا التعدد هو السبب الاساسى فى تكرار لفظ الأمومة فى كتاب الله الحكيم. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ما حكم العلاقة التي ستنشأ بين المولود وأخوته من أمهاته الثلاثة السابق ذكرهن وما حكم الميراث من الذى يرثه المولود وإلى غير ذلك من احكام..وجدير بالذكر لا يجب إغفال المشاعر التي ترتبط بين الأم الوالدية ووليدها ويستخلص من إطلاق لفظ الأم على المرضع الشعور بكيانها وفضلها مما يحفزها على الإرضاع فتحمي الرضيع من الهلاك بإقدامها على إرضاعه وبخاصة إذا لم يكن للطفل أم ترضعه^(١).

وهذا الحديث يقودنا إلى السؤال التالى : ما حكم الأم بالرحم التي ولدت المولود بنطفة غيرها وأرضعته؟ ، هل سيزيد هذا من رصيد أمومتها على أساس أنها الأم الوالدية الرضاعية فى آن واحد، أم لا. وإذا كانت الاجابة بنعم فما هى الحقوق والالتزامات المترتبة على هذه الأمومة؟

ونظرا لما خلفته لنا عمليات تأجير الأرحام باعتبارها من المستحدثات الطبية فى مجال الإنجاب الصناعى فهذه المستحدثة اثرت لنا اطفالا بصرف النظر عن مشروعية هذه العمليات من عدمها ، هؤلاء الأطفال لهم حقوق من أولها الحق فى الرضاعة وتوافر الغذاء والشعور بالأمان ؛ لذلك تعددت الآراء والمقترحات، كل منهم يجتهد للوصول إلى اكبر قدر ممكن من الأحكام التي تساهم فى مساعدة هؤلاء الأطفال، والوصول من خلالها إلى بيان حكمها الشرعي، ومن المسائل التي تحتاج إلى بيان حكم شرعى أو قانوني تناول الأم البيولوجية صاحبة النطفة هرمونات لنزول اللبن^(٢) كي ترضع المولود المتكون من نطفتها بعد استلامه من الأم بالرحم، والسؤال الذي يطرح نفسه :

(١) الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٨٣، الطبعة الثالثة عام ١٩٥٧م، دار الفكر العربي.

(٢) هذه المسائل تبرز قيمة الفقه الافتراضى، وكيف كأن العلماء يفترضون مسائل لم تقع ولا يتصور وقوعها، فإذا بها تقع فى عصرنا الحديث مع أن الغالبية خاصة من أهل

هل نزول اللبن بسبب تناول الهرمونات يكون سبباً في التحريم بالإضافة إلى جيناتها الجنسية المخصبة أم لا؟ وهل يشترط في الرضاع المحرم أن يكون اللبن ثاب من المرضعة عن حمل، وما حكم المرأة المنفردة المتبرعة بالبويضة لحساب الغير أو الراغبة في الإنجاب لو كانت بكرًا؟ أى التى لم يسبق لها الزواج إذا تناولت هرمونات نزول اللبن وأرضعت المولود المتخلق من نطفتها؟ أم ماذا لو أثبت الطب متأكداً أن صاحبة الرحم المستخدم فى الحمل لن يؤثر على المولود من الناحية الفسيولوجية وسيقتصر دورها على تغذيته عبر المشيمة بالدم وبالتالي لن تكون أما له؟ فهل سينشأ حرمانية مثل التى تنشأ بين الأم بالرضاعة بينها وبين المرضع.

أولاً: هل من سلطة الزوج أو القضاء إجبار الأم بالرحم على الإرضاع المولود المتخلق بنطفة الغير؟

آراء الفقهاء حيال سلطة الزوج فى إجبار الأم على الإرضاع:
رأى فقهاء المالكية:

تجبر الأم على إرضاع ولدها ؛. أجر إذا كانت متزوجة بأبي الرضيع ، أو مطلقة رجعيًا منه، إلا إن كانت من الأشراف الذين من شأنهم ألا يرضعوا أولادهم ، فإنه حينئذ لا يلزمها رضاعة ، إلا أن كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها. وإن أرضعته كان لها الأجر. والمطلقة بائناً مثل الشريفة ، فلا يلزمها إرضاع الصغير فى غير حالات الضرورة ، كما لو كان الرضيع لا يقبل غيرها^(١).
رأى الفقهاء الأحناف:

إن الأم لا تجبر على إرضاع الصغير قضاءً ، وإن كان عليها أن ترضعه ديانة ، وبخاصة أن الأم أقرب الناس إلى طفلها وأعطفهم عليه^(٢) وهذا إذا وجدت من ترضع الصغير ، فإذا لم توجد ، أو وجدت الصغير لا يقبل ثديا غير أمه ،

الفقه قد لا يعطون أهمية لموضوع الفقه الافتراضي ، ويعتبرون ذلك مضية للوقت والجهد والحقيقة أن هذا التصور يحتاج الي مراجعة ونظر خاصة بعد إثبات الواقع المعاصر أن الفقهاء الأجلاء لم يكن عندهم ترف فكري كما يتصور البعض.
(١) شرح الدردير وحاشية الدسوقي ، ج ٢ ص ٥٣٥.
(٢) أى لو امتنعت لا يجبرها القاضي ، وأن كان إرضاع صغيرها واجباً دينياً عليها.

وجب عليها قضاء أيضاً أن ترضعه ، وتجبر على ذلك من القاضي ؛ وذلك صيانة للصغير من الضياع ، وفي هذا جاء في تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار : وليس على أمه إرضاعه قضاء ، بل ديانة ، إلا إذا تعينت فتجبر^(١) ومن ذهب مذهبهم حين يرون هذا الرأي ، يرجعون أيضاً إلى ما جاء في الآيتين السابقتين ، إذ يقولون بأنه ليس فيهما ما يدل على إجبار الأم على إرضاع الصغير أن أبت ، بل فيهما ما يدل على إثبات حق الأم في الرضاع ، وأن أبي الأب ، بدليل قوله تعالى : "فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن" ، وقوله : "وأن تعاسرتم فسترضع له أخرى"^(٢) . وتطبيقاً على ما سبق هل من سلطة الزوج أو القضاء إجبار الأم بالرحم على إرضاع المولود المتخلق بنطف الغير؟

كما أنه هل يحرم فعل الأم بالرحم عند امتناعها عن إرضاع المولود في الوقت الذي يكون رافضاً فيه اللبن الصناعي البديل بالإضافة إلى أي ثدي آخر غير ثدي أمه بالرحم الذي حملته وولדתه؟ يستدل على إجابة هذه التساؤلات من الآراء الآتية :

يرى الشافعية أنه يجب على الأم إرضاع ولدها "اللباء" بالهمزة والقصر وهو اللبن الذي ينزل عقب الولادة ؛ لأن النفس لا تعيش بدونه غالباً فلو امتنعت عن أرضاعة فمات فقولان :

الرأى الأول - عدم الضمان ؛ لأنه لم يحصل منها فعل يحال عليه سبب الهلاك قياساً على ما لو أمسك عن المضطر ولأن عدم سقي "اللباء" ليس محققاً لموت الولد ولا كالمحقق فإن كثيراً من النساء يمكن عقب ولادتهن ويرضع الولد من غير أمه ويعيش .

الرأى الثاني - عليها الضمان ؛ لأنها وأن لم يحصل منها إتلاف لكن امتناعها من سقي ما وجب عليها منزل منزلة الإتلاف^(٣) .

الرأى الثالث - يرى الزيلعي والاتقائي نقلاً :

(١) هامش حاشية ابن عابدين ، ج ٢ ص ٦٩٢ .
(٢) راجع أحكام القرآن للجصاص ، ج ١ ص ٤٧٧ .
(٣) (أنظر نهاية المحتاج وحاشية الشبراملس ج ٦ ص ٥٢٥) .

أن الأم تجبر علي الإرضاع في حالة واحدة وهي حالة إذا لم يكن للآب ولا للولد مال فأنها تجبر وتجعل الأجرة ديناً علي الأب، وعللاً هذا الإجبار بأن الطفل يتغذى بالدهن وغيره من المانعات ومن ثم فترك إرضاعه لا يؤدي إلي ضياعه وهلاكه، ثم نقلاً أن هذا القول هو ظاهر الأخرى يؤدي إلي مرض الولد وهلاكه وأن نقله الزيلعي والاتفاني^(١).

بالرغم من أن حكم الرضاع هو الوجوب لأن حياة الطفل تتعلق به وتركه يستلزم إهلاك الرضيع وإهلاك الرضيع حرام فتكون صيانتة واجبة فيكون الإرضاع واجباً^(٢).

إلا أنه إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر مصابة بفيروس نقص المناعة البشرية، فإن احتمالات ولادتها لطفل مصاب بنفس الفيروس تصل بالتقريب إلي نسبة واحد إلي ثلاثة وبعض المواليد يصابون أثناء وجودهم في الرحم وبعضهم أثناء الولادة^(٣) والبعض الآخر أثناء الرضاعة الطبيعية^(٤) فإذا ولدت صاحبة الرحم المصابة بالإيدز طفلاً فلا حرج عليها في إرضاعه وحضائنه أيضاً إذا ولد مصاباً بالمرض نفسه، فالمحذور قد وقع ولن يحدث إرضاعها له وحضائنها إياه ما يخاف منه ويخشى.

أما إذا ولد الطفل سليماً من المرض ووجدت الأم الوالدية مرضعة ظئر وتقوم علي حضائنه فإنه يجب عليها أن تمتنع عن إرضاعه وحضائنه فالمرأة

-
- (١) (أنظر البحر الرائق ج ٤ ص ٢١٩ رد المحتار علي الدر المختار ج ٢)
(٢) الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي ص ٦٦، طبع المعاهد الأزهرية ١٤٢٦ هـ، الشرح الصغير ص ١٣٠، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٥٠٢/٢، نهاية المحتاج ٢٢١/٧، المغنى ٦٢٧/٦.
(٢) تنتقل العدوى من الأم المصابة إلي الجنين أثناء الحمل أو الولادة بقليل، وتبلغ احتمالات انتقال العدوى للجنين من أم مصابة ما بين ٢٥٪ - ٤٥٪. أحكام الشريعة الإسلامية في مسائل طبية ص ٦٧، رسالة عن الإيدز ص ٣.
(٤) البيان الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين انتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية لم ينكر أن الرضاعة قد تسبب انتقال هذا الفيروس إلي الطفل إلا أن هذا البيان قرر أن الأمر يتطلب مزيداً من البحوث من أجل تقدير احتمالات العدوى بالفيروس من خلال الرضاعة الطبيعية. الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر ص ٦٩، الرضاعة الطبيعية والصحة الإنجابية في العالم الإسلامي ص ٤٦٧.

الصحيحة تستطيع أن تقوم مقام الأم وحليبها يملك خصائص حليب الأم، وقد كانت العرب قبل الإسلام تسترضع لأبنائها، وأقر الإسلام الرضاعة ونشر المحرمية بها وإصرار الأم علي إرضاع طفلها وحضانه قد ينقل إليه العدوى ويصيبه بهذا المرض الخبيث^(١).

وقد نص فقهاؤنا علي منع الأم المريضة بأمراض خطيرة كالجدام من إرضاع طفلها وحضانه.

يقول الشيخ الدردير المالكي ما معناه: يشترط في الحاضنة العقل والكفاية، وأن لا يكون بها مرض كجدام يضر ربحه أو رؤيته ومثله كل عاهة مضرة يخشى علي الولد منها ولو كان بالولد مثله لأنه بالانضمام قد تحصل زيادة علي ما كان علي سبيل جري العادة^(٢).

وعلي هذا يجب علي الأبوين البحث عن وجود بديل لإرضاع هذا الطفل لأن تركه بدون رضاع فيه هلاكه وموته.

أما إذا لم يتيسر لهما وجود بديل (امرأة ترضعه) أو ما يتناسب مع الطفل من الحليب الصناعي أو حليب الحيوانات كالأغنام والأبقار كالحال في الدول الفقيرة فإنه يجب علي الأم في هذه الحالة إرضاعه وحضانه^(٣) فإذا لم يوجد لها لبن يجوز للام الجينية تناول هرمونات نزول اللبن.

(١) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، د/ عمر سليمان الأشقر ص ٦٨.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٥٢٨/٢، ٥٢٩، وأنظر هذا المعنى أيضا في: مغنى المحتاج ٤٥٦/٣، كشف القناع ٤٩٩/٥.

(٣) الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز ص ٦٩.

نبه البيان الذي أصدرته منظمة الصحة العالمية واليونسيف بشأن العلاقة بين انتقال فيروس العوز المناعي البشري وبين الرضاعة الطبيعية إلى أن الدراسات تثبت أن الرضاعة الطبيعية تنقذ أرواح الأطفال وأنها تتيح مزايا هائلة غذائية ومناعية ونفسية واجتماعية. فضلا عن مباحدة الولادات كما نبهت بعض البحوث إلى قلة الحالات التي أنتقل فيها الفيروس من الأم إلى الطفل بسبب الرضاعة فالحالات من هذا النوع معدودة في العالم كما نبهت البحوث أن نسبة وجود فيروس الإيدز في لبن الأم قليلة جدا كما هو الحال في إفرازات البدن الأخرى كاللعاب والعرق والبول وأكدت البحوث أن العدوى بفيروس الإيدز لا تتم عن طريق الجهاز الهضمي والطن - والله أعلم وأحكم بالصواب - أن الضغط الشديد الذي يمارسه الرضيع علي الغشاء المخاطي الرقيق في فمه هو الذي يؤدي إلى انتقال العدوى إذا كانت حلقة الثدي متشققة.

لإرضاعه لأن في تركها إرضاعه وحضانه هلاكاً محققاً للطفل ، وهلاكه بسبب إرضاعها له وحضانتها إياه غير محقق ، ولكنه محتمل واحتمال ذلك نسبته قليلة. وخاصة بعد التطور الذى نعيش فيه ووجود بدائل غذائية تستطيع الأم إعطائها للمولود بدلا من الرضاعة.

والخلاصة فإننا نرى أن مسألة إجبار الأم على أن ترضع طفلها لأى سبب من الأسباب السابقة فيه شىء من غير المعقول لأن الداعي إلى الرضاعة بجانب احتياج الطفل للغذاء هو تحريك غريزة الحنان والمشاعر. فكيف يطلب من المرأة على فعل مثل هذا الشىء وهى تفقده، ففاقد الشىء لا يعطيه، وعلى هذا نرى أنه ليس من الداعي إجبار الأم بالرحم على الإرضاع وخاصة أنه يوجد اليوم بدائل أفضل من اللبن الذى يغضب ويطلب من امرأة بالأمر.

نحب أن ننوه إلى مدى احتياج الطفل إلى الرضاعة الطبيعية لما يترتب عنه من فوائد عظيمة له كما سبق وأن أشار لنا أهل الطب، وبناء عليه يترتب على الأم إرضاع وليدها، ولكن لا نرى وجاهة فى إلزامها بهذا الواجب إلا إذا ترتب على إخلالها بهذا الالتزام ضرر لهذا الطفل وتبعاً للقاعدة الفقهية الضرر يزال أو اختيار أخف الضررين أو دفع الضرر الأشد. كل هذه القواعد تحثنا على اختيار الأنسب للمولود وهذا لضعف تكوينه وشدة احتياجه للرعاية، فبالنسبة إلى المولود من الرحم المؤجر يتولد معه الحيرة من شأنه. فالإلزام هنا فى حالتنا ينحصر على الأم الوالدية أى أمه بالرحم

لأننا سبق وأن أشرنا إلى أننا نؤيد نسب الطفل إلى أمه الوالدية أى التى حملته وولده فهل يترتب على الإخلال فى التزامها مسئولية تقصيرية أم مسئولية عقديه بموجب العقد، وخاصة إذا تم تسليمه للأم البيولوجية بناء على العقد المبرم نرى أن الأم بالرحم تعامل معاملة الأم الطبيعية على حد السواء فى الحقوق

د. محمد هيثم الخياط نائب المدير الإقليمي لمكتب منظمة الصحة العالمية لشرق المتوسط ،
د. محمد حلمي وهذا أن مدير الوقاية من الأمراض ومكافحتها فى المكتب المذكور فى
ورقتهم إلى الندوة التى عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالاشتراك مع منظمة
الصحة العالمية تحت عنوان: "الرؤية الإسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز" ص
٣، الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز ص ٧١، مرجع سابق.

والالتزامات والمسئولية، يتفق ذلك مع ما أشرنا إليه في الجملة ومن ثم ثبوت النسب من جهة الأب، أى أنه الملزم بنفقة الطفل هو زوج صاحبة الرحم، وذلك للأسباب التى ذكرناها ويرجع السبب فى رأينا لاختيار الأبوة إلى زوج صاحبة الفراش هو إعطاء الطفل فرصة اكبر أو أوسع لانتسابه إلى والد، لأنه عندما ينكر زوج صاحبة الرحم نسب الطفل المولود من زوجته سيعتمد الأب الأخير فى دعوته على عدم خلق المولود من مائه وانتسابه إلى الأب الجينى، وبالتالي سيكون أمام الطفل فرصة أخرى وسيظل الباب مفتوحاً أمامه وهو انتماءه إلى الأب الجينى حتى، ولو أنكره هو، وبناء عليه ستكون نفقة المولود بداية على زوج صاحبة الرحم باعتباره صاحب فراشها ويسكوته وموافقته على زوجته يعتبر بمثابة موافقة ضمنية على أبوته لهذا المولود، وبالتالي ستترتب عليه جميع الواجبات من نفقه وأجرة الرضاعة والمسكن والملبس..... حتى الميراث، وخلاصة القول أن الأم الملتزمة برضاعة المولود هى الأم الرحمية أى الوالدية، ويترتب على حكم الأم الرحمية للمولود أن يصبح المولود أخاً لأولاد الأم بالرحم وزوجها وتحرم الرضاعة ما يحرمه النسب.

ثانياً: على من تجب نفقة الرضاعة للمولود من الرحم المستأجر؟

الأصل أن نفقة الصغار على أبيهم لا يشاركه فيها أحد، ومن النفقة أجرة الرضاع لمن تقوم به فتكون على الأب، وفى هذا يقول: الله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن". يستفاد من الآية الكريمة: - إذا وافقت الزوجة أن ترضع ولدها من زوجها بدون أجر، حال قيام الزوجية ليس للأم أن تأخذ أجرة ويجب عليه تمكينها منه وتسليمه إليها ولا يجوز له أن ينزعه منها إلا بمبرر شرعي، ولكن يكون لها الأجرة إذا أرضعته بعد انتهاء عقد الزواج.

ثالثاً: أسباب عدم جواز استئجار الأم على الرضاع حال قيام الزوجية:

يرجع السبب فى عدم جواز استئجار الأم على الرضاع حال قيام الزوجية ولو فى العدة من طلاق رجعى هو أن: لو وجبت لها أجرة الرضاع علي والد الطفل لكانت تحصل علي نفقتين فى آن واحد ولأن زوجها قائم بالإنفاق عليها حال الزوجية حتي أن اللبن الذي هو مؤنة الطفل أنما يستحيل لبنا من

غذائها الذي يقوم بكفائته^(١) سواء أكانت زوجة أم معتدة، وذلك بطريق الأولى^(٢).

وتأكيداً لذلك أشار لنا أستاذنا الدكتور محمد حسين منصور أن الأم لا تستحق أجراً على الإرضاع حال قيام الزوجية، أو في عدة الطلاق الرجعي أو البائن إكتفاء بما تأخذه من نفقة، إذ لا يجوز الجمع بين النفقة وأجر الرضاعة. وتستحق الأم أجراً إذا كان الإرضاع بعد أنقضاء الزوجية وكانت غير مستحقة

(١) راجع أكام القرآن للجصاص في تفسير آية البقرة السابق ذكرها، الهداية الفتح جـ ٣ ص ٣٤٥ - ٣٤٦.

• وجوب الإرضاع عليها ديانة ولا أجر يستحق علي فعل الواجب ولكنها لا تجبر عليه لاحتمال عجزها عنه، فحين تطلبه بالأجر يظهر أنها قادرة عليه فيكون واجباً عليها وليس لها أجر عليه.

• وأن كانت معتدة من طلاق بائن، كان لها الأجرة في رواية، لأن الزواج قد زال، ولا أجر لها في رواية أخرى، وهي التي عليها الفتوى؛ لبقاء الزوجية في حق بعض الأحكام.

فإذا أنقضت المدة صارت أجنبية عن الأب تماماً، فلها حينئذ أخذ الأجرة كأية مرضعة أخرى، وتكون هي أحق من غيرها بالإرضاع، نظراً لمصلحة الطفل، متى رضيت بمثل أجر الأجنبية التي يريد الأب استجارها، ولكن لا تجاب لطلبها زيادة في الأجر، دفعاً للضرر عن الأب.

وبالرجوع إلى قول الله تعالى: "لا تضار والد بولدها ولا مولود له بولده"، أي ليس للأب أن يستأجر غيرها إذا رضيت بمثل ما يعطيه للأجنبية، وليس لها أن تطلب أجراً أكثر مما قبلته الأجنبية الأخرى. وكذلك تكون هي أحق بإرضاعه إذا رضيت بذلك بدون أجر.

(٢) ولقد جرى العمل في محاكم السودان الشرعية على عدم استحقاق المعتدة من طلاق بائن أجراً للرضاعة، لعدم الفرق بين المعتدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن؛ لأن الأب في حال الزوجية والعدة قائم برزقها، وصدرت بذلك مذكرة قضائية رقم ٢٦ في ١٩٤١/١١/١٥. (راجع منشورات ومذكرات المحاكم الشرعية بالسودان مذكرة رقم ٢٦ ص ٤٧ في تاريخ ١٩٤١/١١/١٥)

فإذا أنقضت المدة فلها الأجر على الإرضاع قولاً واحداً. ويجرى العمل في السودان على أن المعتدة غير المرضع لا تسمع دعواها النفقة لأكثر من سنة واحدة من تاريخ الطلاق، فإن كانت رضعاً وإدعت أنقطاع حيضها للرضاع، فلا تسمع دعواها النفقة لأكثر من ثلاثة أشهر بعد أنقضاء مدة الرضاع وهي سنتان (راجع منشورات ومذكرات المحاكم الشرعية بالسودان، منشور شرعي رقم ٢٨ ص ٤٦ مادة ٥، ٦).

وقد جاء في المادة السادسة من المنشور الشرعي رقم ٢٨ الصادر في ١٦ فبراير سنة ١٩٢٧: "لا يجوز تنفيذ أحكام بنفقة عدة عن مدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق بالنسبة لغير المرضع، وعلى سنتين وثلاثة أشهر من تاريخ الوضع بالنسبة للمرضع".

النفقة على زوجها أبى الرضيع^(١). وتعتبر الأجرة (سواء للأم أو للمرضع) ديناً في ذمة الملتزم بها ولا تسقط بموته كما أنها لا تسقط بموت الصغير لأنها أجرة لا نفقة، بل تجب في تركته وتشارك غرماؤه، فهي كغيرها من أصحاب ديونة، ومدة الرضاع التي يعتد بها في حق الأجرة حولان تستحق فيهما^(٢).

وبتطبيق ذلك على علاقة الام بالرحم والمولود نرى أن الأم بالرحم لا ينطبق عليها ما ينطبق على الأم الطبيعية، أي التي (حملت بنطفها وولدت وأرضعت) حول مبدأ عدم جواز استئجار الأم على الرضاع حال قيام الزوجية.... لو سلمنا بالاتفاق المبرم بين أطراف عقد إيجار الرحم كما سبق وأن أسلفنا الذكر بخصوص هذا، لوجدنا أنه لا يوجد مانع من أن تجمع الأم بالرحم بين نفقتين الحمل والرضاعة أو أن تستأجر كذلك للرضاعة طالما نص على ذلك في العقد المبرم أو الاتفاق، وبالرغم من ذلك لا يحق لها الاعتراض عند إخلال أصحاب النطف بالالتزامات المالية مقابل استأجرها للرضاعة المنصوص عليها في عقد إيجار الرحم قانوناً وهذا بصفتها الأم الرحمية أي المسئولة عن الطفل نسباً ورضاعة.... لأنه بمنتهى البساطة إذا كان ابن الزنا ينسب ويلزم من أمه فمن الأدعى أن تلزم رضاعته من أمه الرحمية ؛ لأنه لا ينبغي تفضيل ابن الرحم عن ابن الزنا. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى لو كانت الام الرحمية مشتركة بنطفها بالإضافة الى رحمها في الاتفاق المبرم اصبحنا أمام حمل الرحم التقليدي سالف الذكر، وبالتالي ستكون هي أما جينية للولد ومن الأخرى وجوب نفقة الرضاعة عليها كإبن الزنا بالقياس على علاقة الزنا.

رأى الباحث:

بعد عرضنا لوجوب نفقة الطفل على أبيه والتي من ضمنها الرضاعة، بل وقد وضع لها الشرع والقانون نظاماً، حتى أنه لم يترك لأحد ثغرة أو فجوة

(١) لمزيد من الأيضاح يرجع إلى / الأستاذ الدكتور محمد حسين منصور - أحكام الاسرة المطبقة على المسيحيين المصريين / سنة ١٩٩٩ / دار المطبوعات الجامعية / ص ٣٤٩.

(٢) تجب الأجرة بمجرد الارضاع من غير توقف على القضاء ولا علي عقد اجازة بينها وبين الاب ومن اجل ذلك فإنه يجوز القضاء بها عن مدة ماضية علي تاريخ رفع الدعوي وتصبح من الديون الصحيحة التي تسقط الا بالاداء أو البراء ويترتب علي ذلك

يضيف لها أى من الأحكام والله الحمد. ولكن نحن هنا أمام حالة استثنائية وهى مولود ولد من ثمرة علاقة متعددة الأطراف. وبالتالي من اي منهما ستكون نفقته واجبة عليه هل هو الأب البيولوجي باعتبار أنه المتكفل بالمبالغ المالية التى تلزم العقد هذا فى حالة الاعتداد بهذا الاتفاق؟ أم أنه سنرجع إلى تطبيق القواعد الفقهية والقانونية على موضوع النفقة وبالتالي سيكون النفقة على الأب صاحب الفراش أى زوج صاحبة الرحم بموافقة الضمنية على وضعه الأبوى المنبثق من وضع زوجته؟.

نرى أن معيار التوجه فى مسألة المولود من هذه العملية هو توافر عنصر المصلحة وسوف نذكر أن شاء الله تعالى فى توصيان الباحثة إلى الحكمة فى ذلك وهذا لعدم التكرار وبالتالي لا توجد مشكلة لو التزم صاحب النطفة أى الأب البيولوجي ولو أنني لي تحفظ على لفظ الأب البيولوجي باعتبار أننا أسلفنا الذكر فى هذه المسألة وحسمناها بأن الأب لهذا المولود هو زوج صاحبة الرحم ولكن عند امتناع زوج الأم بالرحم بالصرف أو بنفقة المولود يكون الالتزام بالنفقة على الأب البيولوجي بموجب عقد الاتفاق المبرم وهذا لمصلحة الطفل، ولكن عند حدوث نزاع على النفقة بأن يخل بالاتفاق المسبق، فلا يحق للأم بالرحم وزوجها تقاضى أصحاب النطف؛ لأنهم المسئولون أمام القانون عن نفقة هذا الطفل، وجدير بالذكر نحن لا نريد تجزئة رأينا فى مسألة النفقة بموجب رأى السابق، ولكن من البداية أشرنا إلى أن المعيار الذى يحركنى فى هذا الصدد هو معيار مصلحة الطفل ليس بناء على القاعدة القانونية أو الشرعية، ولكن بناء على الرحمة فى وجود انسان لا دخل له بتصرفات الغير، وخلاصة الموضوع أن فى مسألة الرحم المستأجر تقل مشاعر الأمومة، ويرجع السبب فى ذلك من وجهة نظري كامرأة أن توزيع الأدوار والمهام التى كان ينبغى أن تكون فى امرأة واحدة على عدة نساء أدى إلى توزيع المشاعر لديهم، أى أنه ضعفت مشاعر الأمومة التى ينبغى أن تكون متوفرة فى امرأة واحدة وبناء عليه سيكون الشعور بإرضاع المولود أمرا وظيفيا وليس غريزيا بمعنى أن عاطفة الحنان التى كان ينبغى أن تولد مع مجيء هذا الطفل لتكون بمثابة البوصلة التى توجه تصرفات الأم الوالدية

ذهبت مع خلاص الولادة^(١) الذى ينزل معه، وسامحوني فى هذا اللفظ ولكن للأسف هذه هى الحقيقة فى هذه العملية،

مما لا شك فيه أن مسألة الرضاعة تحكمها مشاعر إنسانية لا تضاهيها أية مشاعر أخرى وتكون تلقائية، لا يحركها العقل ولكن العاطفة هى التى تتحكم فيها ولعل الله - جل شأنه - جعل هذا سببا من الأسباب فى جعل الأم الرضاعية (المرضعة الظئر) أم للمولود بل وليس هذا فحسب جعل لها الآثار تترتب على هذه الأمومة وبناءً عليه فإذا امتنعت صاحبة الرحم على رضاعة المولود باعتبار أنها الأم الوالدية ويفترض أن تكون الرضاعية لوجود اللبن فى ثدييها وجب على زوجها تأجير مرضعة للطفل وتكون نفقة الرضاعة عليه

وخلاصة القول أن للصغير حقا على والديه، ولا تملك الأم بالرحم باعتبارها أخذه لحكم الأم كتنظيرتها الأم البيولوجية أن تتنازل عن حق ابنها؛ لأنها لا تملكه وهذا لإشتراكها مع الأم الأخيرة فى الرعاية الطفل وحضانه، الطفل له عليها حقوق أكثر من الحقوق التى تترتب على الأم البيولوجية واهم هذه الحقوق هى حق المولود فى الرضاعة. "والله أعلى وأعلم"

رابعاً: أحكام رضاعة المولود من الأم البيولوجية (الجينية):

هل تنصرف أحكام رضاعة الأم الرحمية على المرضعة الظئر؟

لمعرفة هذا الحكم سوف نقوم بعرض الخلاف حول طبيعة لبن الأدمية ومعرفة ما إذا اختلط اللبن الذى يتناوله المولود، وأراء الفقهاء القدامى - رحمهم الله - كي نستنبط منهم كيف توصلوا إلى هذا الحكم ثم نقوم بعمل مطابقة على هذه المسألة وذلك للوصول إلى حكم رضاع المولود من الأم بالرحم والأم البيولوجية:-

قد يحدث أن يخلط اللبن بغيره ثم يعطى للرضيع، فهل يثبت حينئذ التحريم به؟ ولمعرفة الحكم يجب أن نفرق بين حالتين: أن يخلط بالماء أو لبن شاة مثلاً أو دواء، وأن يخلط بلبن امرأة أخرى. ففي الحالة الأولى يثبت به التحريم أن كان اللبن هو القالب، وإلا لا يثبت أن كان اللبن هو الأقل.

(١) هى المخلفات التى تنزل أثناء الولادة مع المولود

ولكن أن خلط بلبن امرأة أخرى كان الحكم للغالب أيضاً عند أبى يوسف، وكذلك عند الأمام فى رواية. وعند محمد أنه يثبت التحريم من المراتين جميعاً دون نظر إلى غلبة أحدهما أو عدم غلبته، وذلك لأن خلط الجنس بالجنس لا يكون إستهلاكاً له فيه، ولبن كل من المراتين يحرم وحده، وإذن فيثبت التحريم منهما معاً. أما أن كان المقداران متساويين، فيثبت التحريم من المراتين من باب الإحتياط عند أبى يوسف أيضاً.

ونرى الشيعة الإمامية الذين يشترطون فى الرضاع المحرم أن يكون بقدر ما ينبت اللحم ويشد العظم، أو رضاع يوم وليلة، كما يريدون أنه لا حكم لما دون العشر من الرضعات، وفى العشر روايتان، ولو رضع خمس عشرة عشرة كان محرماً قولاً واحداً، كما يشترطون فيه قيوداً ثلاثة: مال الرضعة، وامتصاصها من الثدي، وألا يفصل بين الرضعات برضاع غير المرضعة^(١).

رأى الباحث:

لا شك من أن رضاع الإنسان من غير أمه ينشر الحرمة، وهذا للأسباب التى ذكرناها لعدم التكرار.

وجدير بالذكر نرى أنه الحرمة التى تثبت من الأم الرحمية والأم الجينية لا تقتصر على حرمة الرضاعة فحسب، ولكنها موجودة من الاصل لصفة الأمومة التى سبقت الرضاعة، أما بالنسبة إلى انصراف أحكام الأم الرحمية على المرضعة الظئر، فنرى عدم انصراف أحكام الأم الرحمية على الأم الرضاعية ويرجع السبب فى رأىى للأتي:

بادئ ذو بدء أرى أن الأم بالرحم هى الأم الأصلية فى هذه العملية، والتى تنصرف عليها جميع الآثار المترتبة على النسب سواء أكانت الآثار قانونية أو شرعية، وهذا يرجع إلى تكوين الجنين منها كلياً أى من دونها لما تكون الجنين وجدير بالذكر نستفيد من خلال عرضنا لرأى أبى يوسف "إذا كان عند خلط اللبن بين أكثر من امرأة تثبت الحرمة منهم جميعاً، فما بالك بتغذية الطفل بالدم

(١) المختصر النافع، للشيخ أبى القاسم نجم الدين المحلى المتوفى سنة ٦٧٦هـ، طبع دار الكتاب العربى بمصر عام ١٣٧٦هـ ص ١٧٥.

كاملا فى الوعاء الرحمى ، للام بالرحم لذلك نرى ثبوت الحرمة والنسب من الرضاغة للام بالرحم. وبالتالي يترتب على ذلك أحكام الميراث والوصية والنفقة والولاية على النفس والمال والحضانة وسقوط القصاص وتحمل العقل في الدية والعتق بالملك والمنع من الشهادة فإنه مختص بالنسب دون الرضاغة^(١) ، لأن النسب أقوى منه فلا يقاس عليه في جميع أحكامه وإنما يشبه به فيما نص عليه فيه^(٢).

أما بالنسبة إلى المرضعة الظئر فيتكون الجنين منها جزئيا أى أنه يتغذى عليها لمدة عامين تقريبا، ويمكن أن يستعاض عن دورها فى التغذية بلبن حيوان مثلا، أو تغذية بديلة يقرها طبيب للطفل ومن منطلق أن الرضاغة يترتب عليها ما ينبت اللحم ويشد العظم فى جسد المولود؛ ولهذا السبب جعل الشارع الآثار تترتب على هذا النوع من الأمومة فى إطار الشروط الموجبة للتحريم، فإن الرضيع يصبح ولدا للمرضع وتصبح المرضع أمه وزوجها أباه ويصبح أبناء المرضع وبناتها إخوته من الرضاع وعندها تثبت أحكام الرضاع من حرمة التناكح^(٣). وجواز النظر والخلوة والمسافرة وعدم نقض الطهارة باللمس عند من يرى ذلك من الفقهاء^(٤). وأخيرا وبناء على ما سبق أن بيناه نرى تساوى وضع الأم الجينية

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٣٥٧/١١، الكافي في الفقه علي مذهب الإمام المجل أحمد بن حنبل ٣٣٢/٣، تحقيق إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار إحياء الكتب العربية.
(٢) المغنى ٣٥٧/١١.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٣٥٧/١١، شروط الرضاع المحرم، د/ فرج علي السيد عنبر ص ٢٥.

(٤) اختلف الفقهاء في حكم اللمس تبعاً لاختلافهم فيما يراد من اللمس الوارد في قوله تعالى: (أو لمستم النساء) سورة المائدة جزء الآية (٦) هل هو حقيقة اللمس أو المراد به الجماع.

وإليك آراء الفقهاء لإتمام الفائدة:

الرأي الأول: أن لمس المرأة لا ينقض الوضوء مطلقا. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد إلا إذا تباشر الفرجان وانتشر وأن لم يمد فعلية الوضوء.

البدائع ٣٠/١، المغنى ١٩٢/١، نيل الأوطار ٢١٨/١.

الرأي الثاني: أن لمس المرأة بشهوة أنتقض الوضوء وإلا فلا. وبه قال الإمام مالك والمشهور من مذهب الإمام أحمد. المدونة الكبرى ١٣/١، المغنى ١٩٢/١.

بما منحته من نطفتها الجينية مع مركز الأم الرضاعية بما منحته من الرضاعة المقترنة بالمقدار والمدة التي نص عليها الشارع في الالتزامات والحقوق التي لهم وعليهم للمولود، ولكنها بالطبع لا تتساوى مع الآثار التي تترتب على الأم الرحمية. مع مراعاة أن دور كل منهما كان اختياريا ولم يجبر على الاختيار دورهما رغم تحفظنا الشديد بأن الأم الجينية تحدث ما فرضته الطبيعة عليها من أقدار. وأغفلت أن الجسد بمنتجاته ملك لله تعالى... وبالتالي ما صنعتها ليس من حقها ونريد أن ننوه بأن الرأي السابق حول هذه المسألة على عكس ما ذهبنا إليه جميع الآراء التي سبقتنا.

رأى الباحث:

وجدير بالذكر هناك نقطة مهمة بادرت لي في ذهني خاصة في ظل الارتفاع الدائم للمعدلات السكانية المقترنة بسوء الظروف الاقتصادية التي يعيشها مجتمعنا في هذا العصر، هل نظرة فقهائنا الأوائل رحمهم الله في شأن طرق ثبوت الرضاع بالإقرار أو بالبينة كافية في القرن الحادي والعشرين ونحن أمام صورة مختلفة فهل تصلح الآن في الوقت الذي تحمل النساء بدل بعضهن مستعيره أرحام بعضهن، مما يؤدي إلى احتمال حدوث حمل بتأجير رحم امرأة في مكان فتنجب أطفالا ويتم تسليمهم لأصحابهم ثم بعد ذلك ترحل نفس الأم بالرحم من مكان أقامتها الأول إلى مكان آخر ويتكرر هذا الحمل مع أزواج آخرين فهناك احتمال أن يتقابل أولاد الأسرة الأولى ويتزوجوا من أولاد الأسرة

الرأي الثالث: أن التقاء بشرتي الأجنبي والأجنبية ينقض الوضوء سواء كان بشهوة ويقصد أم لا ولا ينقض مع وجود حائل وأن كان رقيقا ولا ينتقض بلمس الصغيرة والمحرم. وهذا مذهب الإمام الشافعي ورواية ثالثة عند الحنابلة. قال الإمام الشوكاني: "والى ذلك ذهب ابن مسعود، وابن عمر، والزهرى، وزيد بن أسلم، وغيرهم. المهذب ٢٢٣/١، المغنى ١٩٣/١، نيل الأوطار ٢١٨/١.

والراجع في نظري: ما ذهب إليه السادة المالكية ومن معهم والذي ينص على أن اللمس بشهوة ينقض الوضوء وبغيرها لا ينقض، لأنه مذهب وسط يجمع بين الأدلة، ويذهب التعارض عن ما روي عن الرسول ﷺ - في حكم المسألة وإعمال الأدلة أولى من إهمال بعضها.

قال الإمام الشوكاني - رحمه الله - : "وأوسط مذهب يجمع بين هذه الأحاديث مذهب من لا يرى اللمس ينقض إلا بشهوة". نيل الأوطار للشوكاني ج ١ ص ٢٢٠.

الثانية فى الوقت الذى يعدوا فيه أخوة بالرحم ويحتمل أن يكونوا أخوة فى الرضاعة وهكذا يمكن أن تتكرر هذه العملية.....

فهل يمكن فى ذلك الوقت ومع كثرة العدد الاعتماد فقط على الأخذ بالأنصبة فى الشهادة التى نص عليها فقهاؤنا القدامى فى إثبات الرضاعة فى الوقت الذى يعيش فيه البشر غير مختلطين ومنعزلين عن بعضهم البعض وهل يكفى أن تصبح وسيلة الردع هى إقامة دعوى الحسبة للتفريق بين الإخوة المتزوجين الذين يكونون فى الغالب لا يعرفون أنهم أخوة فى الرحم من امرأة واحدة... ويرجع السبب من وجهة نظرنا فى تعثر وجود الشهود لهذه العملية فى الغالب تكون سرا، ولا يريد الأزواج الإفصاح عنها وتكون منحصرة بين أطراف عقد ايجارة الرحم لا غير حتى أنه من خلال دراستنا للنظم القانونية للدول التى تقنن مثل هذه العمليات وجدناها تشترط علم المولود بأصله الجينى وبالمراة التى حملته ومن منطلق ذلك أضيف عليه من وجهة نظري يجب إصباغ شكل جديد لشهادة الميلاد عند إجراء مثل هذه العملية تتضمن إسم الأم بالرحم والأم الجينية والأب الجينى والأب صاحب الفراش أى زوج صاحبة الرحم، وليس هذا فحسب بل ويقترن ذلك باسم الطبيب والمركز الذى قامت فيه هذه العملية وذلك تفاديا للوقوع فى اختلاط الأنساب وحدوث أن يتزوج الأخ أخته دون أن يعلم. هل يشترط فى اللبن المحرم للنكاح التى تعتمد الأم البيولوجية إنزاله بالهرمونات لرضاعة المولود أى شروط؟

إذا أنزلت المرأة صاحبة البيضة المخصبة (الموضوعة فى رحم مستأجر) لبن ثديها بالهرمونات^(١) كي ترضع المولود بعد ميلاده واستلامه من صاحبة الرحم المستأجر هل تثبت الحرمة بين الرضيع والمراة التى أرضعته؟ الأصل فى الأحوال التى ترضع فيها امرأة لا تمس للمولود بصلة لا بد من توفر شروط معينة فى اللبن الذى تم إرضاعه لثبوت الحرمة^(٢) فلا بد أن يكون الرضاع للطفل فى

(١) فى حالة أن كانت بكرا أو ثيبا أو غير متزوجة كان يكون فى حالة تخصيب بيضة المرأة بمنى متبرع غير زوجها ووضعها فى رحم مستأجر
(٢) تناولت البكر، اليكر أو الثيب غير المتزوجة أو المرأة العقيم هرمونات نزول اللبن، وأرضعت منه صغيرا - ما كان فى الحولين علي الراجع - فإنه ينشر الحرمة، لأنه =

يحصل به التغذية والنشوء وانتشار العظم فيثبت به شبهة البعضية. وقد اختلف العلماء في حكم لبن البكر يحرم أم لا علي قولين:

رأى الأحناف (فتح القدير ٣/٣١٧، حاشية ابن عابدين ١/٤٠٨ الباب في شرح الكتاب ٦/٣، الهداية ١/١٦٣).

رأى المالكية (الكافي في فقه أهل المدينة ص ٥٤٢، دار الكتب العلمية، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢/٤٧٠، حاشية الدسوقي ٢/٥٠٢، الفواكة الدواني ٢/٨٨، بداية المجتهد ٢/٧٢).

رأى الشافعية (مغنى المحتاج ٥/١٢٥، ٣/٤١٥، نهاية المحتاج ٧/٧٢، كفاية الأختار ٢/٨٥).

رأى الحنابلة (المغنى ٧/٥٤٦، كشف القناع ٥/٤٤٤، المبدع في شرح المقنع ٨/١٦٤، الكافي لابن قدامة ٣/٢٣٦).

أنه ينشر حرمة النكاح.

القول الثاني: يشترط أن يثوب اللبن عن حمل وهذا هو المنصوص عن أحمد وعليه المذهب وقول عند الشافعية أن لبن البكر لا ينشر التحريم. (مغنى المحتاج ٥/١٢٥، المغنى ٧/٥٤٦، المبدع في شرح المقنع ٨/١٦٤، الكافي لابن قدامة ٣/٢٣٦، كشف القناع ٥/٤٤٤، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/٢٨٢ واستدل كل فريق بأدلة تؤيد ما ذهب إليه:

أدلة القول الأول: استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والقياس. أما الكتاب: فبعموم قوله - سبحانه وتعالى -: "وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم". (النساء جزء الآية (٢٣)).

وجه الدلالة: أنها أطلقت لفظ المرضع فلم تقيد بمزوجة أو بكر ولا فرق بين من ثار لها لبن بوطء وغيرها.

أما القياس: فلأنه رضاع من امرأة فنشر الحرمة كما لو كان لها ولد ولأنه يحصل به التغذية والنشوء وانتشار العظم فيثبت به شبهة الجزئية. (الباب في شرح الكتاب ٦/٣، المبسوط ٣/٢٩٥، ٢٩٦، حاشية الدسوقي ٢/٨٠٥، القوانين الفقهية ٢٣٠، شروط الرضاع المحرم ص ٤٤، القول الصراح في الرضاع المحرم والنكاح ص ٥٦). وندرته في هذه الحالة لا تمنع من كونه مؤثراً في التحريم متى وجد لأن جنسه معتاد. (المغنى لابن قدامة ١١/٣٢٤).

أدلة الرأي الثاني: استدل أصحاب المذهب الثاني بالقياس والمعقول. أما القياس: قالوا لبن البكر كلبن الرجل بجامع الندرة في كل منهما ولبن الرجل لا يحرم النكاح فيكون لبن البكر غير محرم للنكاح. واعترض علي الاستدلال بهذا القياس: أن ما ذكر من القياس لا يصلح أن يكون مقيداً لكتاب الله تعالى.

وأما المعقول: فمن وجهين: الوجه الأول: أنه نادراً جداً وعلي افتراض نزوله فهو رطوبة وليس لبناً. الوجه الثاني: المرأة ليست زوجة لأحد وليس لهذا اللبن صاحب والتحريم مبنى علي أصله الذي هو إرضاع الوالدة ولدها والبكر ليست والدته لأحد فلا يكون لبنها محرماً. واعترض علي الاستدلال بالمعقول من أوجه:

الحولين فرضاع الكبير لا يحرم وأن يصل اللبن إلى معدة الرضيع وأن يكون اللبن خالصاً لم يخلط بغيره^(١). ولم يتحول عن حالته ولكن الحرمة بين الأم البيولوجية وبين المولود تثبت بتكوين الجنين من بويضتها بالإضافة إلى رضاعتها للجنين. حتى ولو لم تتوافر الشروط السابق ذكرها في الرضاعة.

خامساً: ماذا يحدث إذا اختلفت الديانة بين صاحبة الرحم والأبوين إذا كانت صاحبة الرحم مسلمة وأصحاب النطفة أو كلاهما يدينان ديانة غير الإسلام؟

بمعنى آخر لو كانت صاحبة الرحم المستخدم في حمل نطف الغير مسلمة وكان صاحب النطفة الذكورية يدين ديانة غير الإسلام إلى من سينسب الطفل الراجع لدينا سينسب المولود إلى الأم كطفل زني لأنه لا يجوز في الشريعة الإسلامية تزوج المرأة المسلمة من غير المسلم هذا في حالة إذا كانت المرأة منفردة. أما إذا كانت ذات زوج فينسب المولود بالطبع إلى زوج صاحبة الرحم كما سبق وأن ذكرنا.

المطلب الرابع

بعض التطبيقات الهامة على حقوق ابن الرحم البديل

الفرع الأول

الضمانات الدستورية لحقوق الطفل غير الشرعي

نرى أن السبب الرئيسي في تحريم الزنا والعقاب عليه يرجع إلى حماية

الوجه الأول: أن ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل إذا وجد. (المغنى لابن قدامة ٣٢٤/١١).

ولأن أمر الندرة لا يضر كندرة الولادة لأقل من تسعة أشهر أو لأكثر منها فإنه لا يمنع ثبوت النسب ثم يمكن أن ينزل اللبن بالهرمون وعليه فلا يكون نزول لبن البكر نادراً. الوجه الثاني: لا نسلم لكم أن لبن البكر رطوبة بل هو لبن مادامت له صفته فإن كان رطوبة (ماء أصفر) فنحن لا نقول بنشر الحرمة. (فتح القدير ٣١٧/٣). الوجه الثالث: أنه لبن مغذ يحصل به النشوء فحصلت له الحرمة كما لو ثاب عن حمل. الرأي الراجح:

رجحان رأي جمهور الفقهاء القائلين بنشر حرمة النكاح بلبن البكر. قال تعالى: (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ) (سورة النساء جزء الآية (٢٣)).

(١) اللبن المخلوط قد يكون مخلوطاً باللبن أو بغيره فإن كان مخلوطاً باللبن فيما أن يكون مخلوطاً بلبن إلامية وإما أن يكون مخلوطاً بلبن الحيوان والمخلوط بغير اللبن، إما أن يكون مخلوطاً بالماء أو بالدواء أو بالطعام. وأعرضت عن التفصيل خوف الإطالة.

الطفولة ؛ لأن الطفل الذي تلده أم من غير أب شرعي ينشأ محروماً من حسن الرعاية والعناية والتهذيب وربما ينشأ جرثومة فساد وإفساد في الأرض. وليس هذا فحسب بل أنه إذا كان سوياً يظل يبحث على أصل نسبه طيلة عمره وبهذا سيصبح عبثاً على المجتمع.

وبالرغم من أن كثير من الدساتير تنص على حقوق الأسرة كمجتمع طبيعي يقوم على الزواج، إلا أن بعض الدساتير كفلت حقوقاً للطفل غير الشرعي، أي ذلك الذي ولد عن غير زواج. إذ نصت على أن:

يكفل القانون للأطفال الذين ولدوا خارج نطاق الزواج بكل الحماية القانونية والاجتماعية التي تتفق مع حقوق أعضاء العائلة الشرعية، ومن هذه الحقوق الإنفاق على الأبناء وتعليمهم وتربيتهم وتأمين القانون لهذه الواجبات عند عجز الوالدين عن الوفاء بها^(١).

يكفل التشريع للأطفال الطبيعيين إتاحة نفس الظروف التي يكفلها للأطفال الشرعيين بشأن نموهم البدني والخلقي ومركزهم الاجتماعي^(٢).

الزواج الشرعي الوحيد هو الزواج المدني المعقود أمام الهيئات الخاصة وللأطفال غير الشرعيين نفس حقوق الأطفال الشرعيين^(٣).

الميلاد بغير زواج لا يمس حقوق الأولاد فالطفل الذي يولد نتيجة زواج غير شرعي يتمتع بكامل الحقوق^(٤).

للولد من غير زواج كل حقوق الابن الشرعي في مواجهة أبويه^(٥).

والملاحظ في هذا الصدد أن هذه الدساتير نصت على تمتع الأطفال غير الشرعيين أي هؤلاء المولودين من غير زواج رسمي بنفس حقوق الأولاد المولودين نتيجة زواج رسمي تعترف به الدولة والتي تتمثل أساساً في الإنفاق عليهم وتربيتهم.

(١) الدستور الإيطالي لسنة ١٩٤٧، م ٣٠، م ٣١.

(٢) دستور ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ المادة السادسة.

(٣) دستور بلغاريا لسنة ١٩٤٨ المادة (٧٦).

(٤) دستور بولندا لسنة ١٩٥٢ المادة (٦٧).

(٥) دستور يوغوسلافيا لسنة ١٩٦٣، المادة (٥٨).

ومن الملاحظ كذلك أن معظم الدساتير التي تنص علي ضمانات خاصة للأطفال غير الشرعيين هي دساتير لدول اشتراكية (بلغاريا، بولندا، يوغوسلافيا).

وبينما تلقى بعض من هذه الدساتير عبء ضمان هذه الحقوق علي الأبوين دون أن تلزم الدولة بشئ في هذا الصدد^(١)، فإن البعض الآخر من الدساتير ألزم الدولة بتأمين هذه الواجبات الملقاة علي عاتق الآباء عند عجزهم عن الوفاء بها^(٢).

وعلى العكس من ذلك ألزمت بعض الدساتير المشرع بكفالة هذه الحقوق لهؤلاء الأطفال دون أن تهتم بمدى مقدرة الأبوين المادية من عدمها^(٣). وتقرير هذه الحقوق للطفل غير الشرعي يبدو أمراً منطقياً؛ إذ لا ذنب له فيما جناه غيره، ولا ينبغي أن يزر وزراً ارتكبه غيره. أو أن يجنى الطفل ثمار ما حصده والديه واهتمام الدساتير بتقرير تلك الحقوق لهؤلاء الأطفال إلى حد كبير من المعاناة النفسية التي قد يعانون منها لشعورهم بأنهم ولدوا خارج نطاق الزواج.

ويتفق ما ورد بالدساتير السابقة مع المبدأ الأول الوارد بالاعلان العالمي لحقوق الطفل والذي يقرر تمتع الأطفال بالحقوق الواردة بهذا الاعلان دون أي استثناء أو تمييز بسبب الميلاد أو بسبب أي وضع آخر للأطفال أو لأسرهم. إذا كان المشرع قد وضع ضمانات دستورية للابن غير الشرعي فمن الأدعى تطبيق هذه الضمانات على ابن الرحم

ماذا يحدث لو رفض الأبوين البيولوجيين إستلام الصغير لوجود عيب خلقي مثلاً به، أو لأى سبب آخر فى الوقت الذى تمسكت فيه الأم الرحمية بتنفيذ بنود العقد القائم بينهم؟

قد ترفض الولد ولكن هذا الأمر لا علاقة لصاحبة الرحم فيه، وبالعكس فأنها قد أتمت وأنهت الاتفاق المبرم بينهما، وما علي صاحبة البيضة إلا أن تستلم

(١) ومثال ذلك الدستور اليوغوسلافي لسنة ١٩٦٣

(٢) ومثال ذلك الدستور الايطالي لسنة ١٩٤٧

(٣) ومثال ذلك دستور ألمانيا الاتحادية لسنة ١٩٤٩ ودستور بلغاريا لسنة ١٩٤٨ ودستور بولندا لسنة ١٩٥٢.

المولود حسب العقد، فترفض الأخيرة الاستلام وتحتج بصاحبة البيضة استلام الطفل من المرأة صاحبة الرحم لأسباب تشويهية أو مرضية أصابت الطفل. فى الوقت الذى يكون العقد والقانون لا يلزمها بشئ. وهنا أيضاً تحسم المشكلة علي ضوء القواعد العامة في تحديد نسب المولود ومعرفة الأم الحقيقية بصرف النظر عن بنود العقد المبرم بين الطرفين ؛ لأنه باطل بطلانا مطلقا.

وجدير بالذكر يعد النسب حق للطفل ليدفع عنه العار. ولأن ثبوت النسب يحفظ حقه في الرضاع والنفقة والإرث والحضانة وغير ذلك من الحقوق التي أثبتها له الشرع والقانون الوضعي.

ونسب الولد في فاسد القانون يثبت من أمه بالولادة. لا فرق في ذلك بين أن تكون الولادة من زواج صحيح، أو من زواج أو حتى من سفاح. ويترتب علي ذلك أن تلتزم المرأة صاحبة الرحم بنسبته إليها ورعايته وحضائته وإلا تعرضت لجزاءات التى نص عليها المشرع في نصوص القانون المصري الاتى ذكرها

بناء على ما جاء فى نص المادة (٢٨٥) من قانون العقوبات المصري علي أن "كل من عرض للخطر طفلاً لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة وتركه في محل خال من الآدميين أو حمل غيره علي ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي سنتين.

وكذلك نص (المادة ٢٨٦) علي أنه "إذا نشأ عن تعريض الطفل للخطر وتركه في المجل الخالي المبين في المادة السابقة انفصال عضو من أعضائه أو فقد منفعته فيعاقب الفاعل بالعقوبات المقررة للجرح عمداً، فإن تسبب عن ذلك موت الطفل يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمداً.

كما نصت (المادة ٢٨٧) علي أن "كل من عرض للخطر طفلاً لم يبلغ سنه سبع سنين كاملة وتركه في محل معمور بالآدميين سواء كان ذلك بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنية مصري".

وكذلك جاء نص المادة "٣٤٩ إلى ٣٥٣" من قانون العقوبات الفرنسي والمادتين "٥٩١ ، ٥٩٢" من قانون العقوبات الإيطالي

ويعلق البعض على المادتين سالفتي الذكر من القانون المصري، أنهما لا تحميان سوى الصغير الذي يقل عمره عن سبع سنين. ولعل ذلك راجع إلى كون الصغير في هذه السن يعتبر غير مميز وغير قادر علي استعادة الوصل بينه وبين أبويه لو أن أحداً من هذين عرضة للخطر. يتركه في محل خال من الآدميين أو معمور بهم ؛ إذ أنه في الحالتين لا يقوى علي كشف وتحديد شخصيته والإرشاد ألي مقر أسرته التي يكون قد فصل بينه وبينها.

أما مواد القانون الفرنسي فإنها تشمل بحمايتها كل صغير أيا كان عمره. وكل عديم للأهلية، متى كان هذا أو ذاك غير أهل لحماية نفسه بنفسه ، hers d'etat de se proteger eux-memes لأسباب تتعلق بحالته الجسمية أو العقلية a raison de leur etat physique ou mental.

والمادة (٥٩١ من قانون العقوبات الإيطالي) تشمل بحمايتها كل شخص عمره أقل من أربع عشرة سنة وكل شخص عديم الأهلية بسبب مرض في العقل أو الجسم أو بسبب الشيخوخة أو أي سبب آخر يجعله عاجزاً عن رعاية أمور نفسه، متى كان الفاعل حارسه أو كان ملتزماً برعايته وتخلي عنه.

(والمادة ٥٩٢) من ذلك القانون تشمل بحمايتها كل طفل حديث العهد بالولادة يتخلي عنه الفاعل حفاظاً علي شرفه أو شرف قريب مقرب.

والفعل المادي المكون للجريمة في القوانين المصري والفرنسي والإيطالي هو التخلي عن الصغير من جانب المسئول عن تربيته بتركه لحال سبيله بين أيدي المصادفات والمستقبل المجهول. هذا الصغير يلزم أن يكون سنه أقل من سبع سنين طبقاً للقانون المصري أو أن يكون عاجزاً عن رعاية نفسه بنفسه أيا كان سنه طبقاً للقانون الفرنسي أو أن يكون سنه أقل من أربع عشرة سنة طبقاً للقانون الإيطالي. وعبر القانون المصري عن الفعل الإجرامي بعبارة التعريض للخطر والترك وعبر عنه القانون الفرنسي بعبارة التعريض exposition أو الترك delaissement وعبر عنه القانون الإيطالي بعبارة التخلي abandonne. ومن

أمثلة الجريمة في فرنسا التخلي عن الصغير أو عديم الأهلية في طريق عام أو ميدان^(١).

تعليق الباحث:

هذا وقد جاء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي الصادر في (٢٢ يناير ١٩٨٨)^(٢) والذي يبطل اتفاق الإنجاب بتأجير الأرحام ؛ لما يؤدي إليه من تنازل أحد الأبوين عن الطفل الذي سيولد مستقبلاً. حيث أن المتأمل لمضمون هذا الإبطال يجده متعلقاً بطلان محل التزام الحامل وهو التنازل عن الطفل الذي سيولد وليس له علاقة بوسيلة تأجير الرحم ذاتها ؛ لأن محل العقد فيها مجرد عما ينشئه من التزامات هو محل مشروع وإنما بالنظر إلى ما يرتبه ذلك العقد من التزامات تقع علي عاتق طرفيه ويجسد محل هذه الالتزامات مخالفة صريحة (لنص المادة ٣٥٣ من قانون العقوبات الفرنسي) فإن محل التزام الحامل هنا يبطل لمخالفته

(١) التخلي عن صغير علي باب ملجأ للأيتام بعد طرق جرس هذا الباب وتخلي والدين عن ابنهما الصبي في غابة أو وسط جمهور من الأشخاص وترك الوالدين طفلهما في غرفة خالية من الأشخاص أو في بئر سلم أحد المنازل أو في فناء مهجور لمنزل أو في حائوت به أشخاص كثيرون يرجي منهم ملاحظة الطفل لفترة قصيرة والهروب بعد ذلك إلى غير رجعة وتسليم الطفل إلى شخص في الطريق أو متزه عام يرجي منه أن يلاحظ الطفل لبرهة قصيرة والهرب بعد ذلك دون عودة.

وقضت محكمة النقض الفرنسية بإدانة سيدة غير راغبة في تنشئة ابنتها البالغة من العمر ثمانية أيام توصلت إلى شخص ليحمل عنها ابنتها لبرهة يسيرة تعود بعدها إلى أخذها غير أنها أنفكت هاربة ولم تعد.

كما قضت هذه المحكمة بأنه إذا أودعت سيدة ابنتها في حديقة عامة بعد أن خاطب بملابسه بطاقة تبين اسمه واسمها وعنوانها وتذكر أن يؤسها الشديد اضطرها الي التخلي عنه وأنه ترجو من يجده أن يأخذ علي عاتقه تربيته فإنه إذا ظلت تلك السيدة بعد ذلك تترقب من بعيد حتى رأت شخصاً يعطف علي ابنه ويقتاده معه لا تعاقب في حين أنها تصبح حقيقة بالعقاب إذا لاذت بالفرار فوراً بعد تركها طفلها في الحديقة العامة علي تلك الصورة.

وتمشياً مع المنطق ذاته حكم ببراءة أنسة أم أحضرت ابنتها إلى منزل عشيقها في حضور عدة أشخاص تاركة أياها في هذا المنزل وبراءة أم سلمت ابنتها إلى فتاة معروفة لها عمرها ثلاث عشرة سنة مكلفة أياها بأن تحمله إلى الملجأ.

فالمعول عليه في الأدانة علي جريمة التعريض للخطر والترك سواء في محل خال أم معمور بالآدميين هو أنصراف إرادة الفاعل الي قطع كل صلة بينه وبين الصغير وترك هذا الأخير مجرداً من كل رعاية ومن كل دليل يمكن من الاهتداء الي المكلف برعايته.

(٢) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٢ يناير ١٩٨٩ م، المجلة الفصلية للقانون الصحي والاجتماعي، سنة ١٩٨٨ م، ص ٣١٢.

نصاً يتعلق مضمونه بالنظام العام. وهذا وإن دل فإنه يدل على موقف الفقه الفرنسي من أن الأم بالرحم هي الأم الوالدية وليست البيولوجية فالتصرف لا يرد على جسد المرأة الحاملة وحدها بل يرد أيضاً على الطفل ؛ فقد يتعرض هذا الطفل لعدة مخاطر نتيجة استيلاد بطريق التشيت ما بين امرأتين.

الأمر الذي يجعله عرضة لرفض الأم التي ولدته تسليمه لأبويه الوارثين. وتنقلب الآية حينما يرفض استلامه أبويه البيولوجيين^(١).

كما ذهب بعض من الفقه المصري إلى وصف ركن المحل في عقد الرحم البديل أنه تقديم رحم خالياً وظاهراً. فلا مناص من أن يكون الرحم غير مشغول بحمل وجهازها التناسلي طاهراً من كل معوقات الحمل بأن تكون غير نفساء أو حائض^(٢).

ويرى البعض - ونحن نؤيده - أن السبب في هذا البطلان المتمثل في محل التزام صاحبة الرحم المستأجر المستأجر، فبمجرد الولادة تثبت صفة الأمومة لدى القانون والفقه والقضاء في فرنسا للأم التي حملت وليس للأم البيولوجية^(٣).

ويستفاد مما سبق بالرجوع إلى النظام الفرنسي ونحن نؤيده، أنه يؤيد ثبوت الأمومة لصاحبة الرحم المستأجر ، بمعنى أنه لو كان القانون الفرنسي مؤيد لثبوت الأمومة إلى الأم البيولوجية

لكان نظام الرحم المستأجر غير عرضة للبطلان المؤسس على التزام الحامل بتسليم الطفل لوالديه البيولوجيين ؛ لأنها حينئذ تسلمه لأمه الحقيقية الأمر الذي لا يتشكل معه المخالفة الجنائية الواردة في (المادة ٣٥٣) من قانون

(١) د/ محمد المرسى زهرة، المرجع السابق، ص ٤١١ - ٤١٣.

(٢) د/ عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(٣) يظهر ذلك بجلاء في الأقضية التي طرحت أمام القضاء الفرنسي وكان محلها التنازع بين الأم الجينية والأم بالحمل والوضع أو التي طلب من خلالها تبني الطفل من الأم البيولوجية فلو كانت هي أمه الحقيقية لما طلبت التبني ولما تردد القضاء أحياناً من إجاباتها ذلك الطلب، أنظر سابقاً موقف القضاء من فكرة الرحم البديل، ص ٢١٧ وما بعدها من هذا الكتاب.

العقوبات الفرنسي. ومن ثم يكون عقد الرحم المستأجر من العقود الصحيحة عندهم ويرتب الأثارة من الالتزامات المتبادلة مثل باقي العقود.

ونستنتج من عرضنا للقانون الفرنسي أنه لا يجرم رفض الأبوين البيولوجيين لاستلام الصغير لثبوت الأمومة للام الرحمية ولزوجها، وهذا ليس على أساس العقد المبرم بينهم فحسب بل على أساس قواعد ثبوت النسب السابق ذكرها.

ومن منطلق ذلك هل يستطيع ابن الرحم المستأجر بعد بلوغه سن الرشد مقاضاة الطبيب أو المركز الذي ساهم في العملية وكان طرفاً أساسياً لإتمامها حتى أنه لولاه لما نجحت العملية ولما كان لهذا الكائن في الوجود؟

وهذا بناءً على الضرر الأدبي المتجسد في الإيذاء الذي يصيب الإنسان في شرفه أو في حق عن حقوقه الأدبية أو هو ما يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه. فالضرر الأدبي هو الذي يمس المشاعر والأحاسيس أي أنه عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان^(١).

أما الضرر الأدبي فإنه يصور في مسئولية الطبيب العقدية في حالة ما إذا أساء علاج المريض فأن ذلك يصيبه بضرر أدبي في صحته، أما إذا أفضى له سواء لا يجوز إفشاؤه، فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته كان يشهر الطبيب بإنسان مولود من الرحم المستأجر لا يعرف أصله الجيني، ففي هذه الحالات يوجب القانون التعويض عن الضرر الأدبي كالتعويض عن الضرر المادي.

ولكن لا ينتقل حق التعويض عن الضرر الأدبي إلي الغير في محال له أو وارث، إلا إذا تحدد الضرر بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء (م ٢٢٢ مدني)^(٢).

(١) استاذنا الدكتور / عبد الله مبروك النجار. الضرر الأدبي ص ٢٣ - د/ عبد الودود يحيى - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام ص ٤٥ دار النهضة العربية سنة ١٩٨٦م

(٢) د/ عبد الرازق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ص ١٣٢

والخلاصة أن الطبيب أو المركز يسأل مدنيا عن الاضرار التي يلحقها بالشخص الناتج من رحم مستأجر - وفقا لمعيار الخطأ السابق - سواء أكان مسئولية عقدية أم مسئولية تقصيرية، وسواء أكان الضرر جسمانيا أم أدبيا.

الفرع الثاني

الحالة المدنية لابن الرحم البديل

لا جدال في أنه يكون لابن الرحم البديل من الزوجين على ما تقدم، كافة الحقوق التي للطفل الشرعي بعد الولادة، كما يتحمل قبل أقاربه بالإلتزامات التي يقررها القانون على الأقارب. على أساس قيام رابطة القرابة التي تحدد وضعه باعتباره عضواً في أسرة معينة، لتحقيق نسبه من أبيه وولادته من أمه التي هي زوجة لأبيه في الوقت ذاته. وبناء عليه تتحدد له الحالة المدنية التي تميز شخصيته منذ الميلاد وحتى الوفاة وتظل هذه الحالة ملازمة للفرد؛ كي يتميز بها عن غيره من الأفراد، لأنها بعناصرها المحددة تحول دون الخلط أو اللبس بين الفرد وغيره من أفراد المجتمع، لذا فإن الحالة المدنية تعكس بذلك الصورة الحقيقية والحالة الواقعية لصاحبها، الأمر الذي يستلزم تمتع الفرد بحالة مدنية واحدة، لذلك لا يجوز أن يكون للفرد أكثر من حالة مدنية كما يجب أن تتسم هذه الحالة بالثبات ولا يحق لصاحب الشأن التنازل عنها أو التصرف فيها كما أنها لا تسقط بعدم استعمالها ولا تكتسب بحيازتها مهما طال الزمن.

وبناء على ذلك فإن عملية تأجير الأرحام المتجسدة في دور كل من الأم الرحمية والأم البيولوجية سوف تؤدي إلى عدم تثبيت عناصر حالة الطفل المدنية، ذلك أن الأم البيولوجية ليست هي الأم الحقيقية للطفل، ونرى أنه لا يمكن وصفها كالمرضعة للأسباب التي سبق ذكرها، والراجح لدينا كما أسلفنا أن الأم الرحمية ينبغي أن تكون هي الأم الأصلية، وهذا بعكس ما ذهب إليه رأي الأغلبية حيث رأوا أنه لو كانت الأم بالإنابة هي الأم الطبيعية للطفل لما تنازلت عنه مقدما من أجل أغراض مادية بعيدة كل البعد عن فكرة الأمومة الحقيقية^(١).

(١) Geller (cacha) "Meres porteuses, oui ou non", Frison roche, 1991, p. 101 et s.

وبالتالى نكون هنا أمام نظام فرض على المولود من الرحم البديل كضرورة ذكر الوالدين فى وثيقة الميلاد أحدهما الأم الأصلية والأخرى الجينية. وهذا حفاظا على عدم اختلاط الأنساب فى المستقبل. ولا شك من أن هذا يتعارض مع الحالة المدنية التى كان ينبغى أن يكون عليها المولود من الإنجاب الطبيعى الامر الذى جعلنا نبحث حول مدى أحقية المولود فى مطالبة تعويض عما قد يلحقه من ضرر من جراء هذه العملية

رأى الباحثة وتوصياته:

بداية نرى من خلال الدساتير الخاصة والمنظمة لحقوق الطفل^(١) أن هناك مسافة واسعة وفجوة كبيرة بين هذه النصوص وبين تطبيقها. وأن هناك تشتت بين

(١) على سبيل المثال وليس الحصر أقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة للإعلان العالمى لحقوق الإنسان الديباجة: من ديسمبر (كانون الأول) ١٩٤٨ أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمى لحقوق الإنسان وأعلنته وبعد هذا الحدث التاريخى دعت الجمعية العامة الدول الأعضاء إلى ترويج نص الإعلان والى العمل على نشره وتوزيعه وقراءته ومناقشته وخصوصا فى المدارس والمعاهد التعليمية بدون أي تمييز بشأن الوضع السياسى للدول أو الأقاليم.

الديباجة :-

لما كان الاعتراف بالكرامة المتأصلة فى جميع أعضاء الأسرة البشرية وبحقوقهم المتساوية الثابتة هو أساس الحرية والعدل والسلام فى العالم.

ولما كان تناسي حقوق الإنسان وازدراؤها قد أفضيا إلى المستوى المشترك الذى ينبغى أن تستهدفه كافة الشعوب والأمم التى يسعى كل فرد وهىئة فى المجتمع واضعين على الدوام هذا الإعلان نصب أعينهم إلى توطيد احترام هذه الحقوق والحريات عن طريق التعليم والتربية واتخاذ إجراءات مطردة قومية وعالمية لضمان الاعتراف بها ومراعاتها بصورة عالمية فعالة بين الدول الأعضاء ذاتها وشعوب البقاع الخاضعة لسلطاتها.

- المادة الأولى: يولد جميع الناس أحرارا متساوين فى الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلا وضميرا وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء.

- المادة الثانية: لكل أنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة فى هذا الإعلان دون أي تمييز كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسى أو أي رأي آخر أو الأصل الوطنى أو الاجتماعى أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر دون أي تفرقة بين الرجال والنساء.

- المادة الثالثة: لكل فرد الحق فى الحياة والحرية وسلامة شخصه.

- المادة الرابعة: لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها.

- المادة الخامسة: لا يعرض أي أنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة.

- المادة السادسة: لكل أنسان أينما وجد الحق فى أن يعترف بشخصيته القانونية.

=

- المادة السابعة: كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة منه دون أية تفرقة كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض علي تمييز كهذا.

- المادة الثالثة عشر:

- ١- لكل فرد الحق في حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة.
- ٢- حق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه.
- ٣- الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

- المادة الخامسة والعشرون:

- ١- لكل شخص الحق في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة علي الصحة والرفاهية له ولأسرته ويتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية كذلك الخدمات الاجتماعية اللازمة وله الحق في تأمين معيشته في حالات البطالة والمرض والعجز والتمل والشيوخوخة وغير ذلك من فقدان سائل العيش نتيجة لظروف خارجة عن إرادته.

- ٢- للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي أم بطريقة غير شرعية.

المادة الثامنة والعشرون:

- ١- علي كل فرد واجبات نحو المجتمع الذي يطاح فيه وحده لشخصيته أن تنمو نموا حرا كاملاً.

- ٢- يخضع الفرد في ممارسة حقوقه وحرياته لتلك القيود التي يقررها القانون فقط لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحرياته واحترامها وتحقيق المقتضيات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديمقراطي.

الإعلان العالمي لحقوق الطفل

وجديراً بالذكر لقد شكل الإعلان العالمي لحقوق الطفل الصادر في ٢٠/١١/٥٩ آمال الإنسانية جمعاء في رعاية الطفل وضمان حقوقه وعمدت كثير من الدساتير الوضعية إلى إدراج عدة نصوص بحيث تتمشى مع مضمون وروح هذا الإعلان. بل أن هناك من الدساتير مع قرر حقوقاً للطفل بالرغم من صدورهما قبل ذلك الإعلان ويرجع ذلك إلى أن هذه الدساتير جاءت متمشية مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ كما أن الإعلان العالمي لحقوق الطفل قد تضمن العديد من الحقوق والحريات المنبثقة عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

- ولما كان نحو اهتمامنا ينصب علي المسائل الدستورية وعلي مدى عناية المشرع الدستوري بحماية حقوق وحرريات الأفراد فلقد رأينا الإسهام في مجال حقوق الطفل بمحاولة تستهدف بيان موقف المشرع الدستوري في العديد من دساتير دول العالم من مسألة حقوق الطفل وإلى أي مدى ذهب ذلك المشرع في هذا الصدد وهل اكتفى فقط بتقرير حقوق الأطفال دون أي إشارة للضمانات المتعلقة بها. وسوف نقوم بتحديد تلك الحقوق أو الضمانات المقررة في الدساتير المختلفة مقارنين بينها وما ورد في الإعلان العالمي لحقوق الطفل. بهدف معرفة مدى حرص المشرع الدستوري علي تطبيق تلك الحقوق التي حرص الإعلان المذكور علي تقريرها وتوكيدها^(١). ونحن على ظهر عام ٢٠١١ فإلى أي مدى تم التطبيق والاستفادة من هذه الدساتير والنصوص الوضعية

الأخذ بتناسق العبارات بعضها مع البعض مما أدى إلى ضعف النص الدستوري المشار إليها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى كيف أعطى المشرع هذا الاهتمام كله بالأسرة عامة والطفل خاصة وأدى بنا المطاف إلى إنتاج أطفال من تأجير الأرحام. مما لا شك فيه أن عملية استئجار الأرحام سوف يتولد عنها أمومة مشتة هذا بالنسبة للطفل ويتبعها واضطراب النفسية للطفل لكونها وما يترتب عليها من مشاعر عكسية تجاه الطفل الناتج من جراء هذه العملية مما قد يؤدي إلى التفكك الأسري، هذا بالإضافة إلى المشاكل التي سوف تنشأ على أثره بين أطرافها

الراجح لدينا من هذه العملية أن تنازل الأم عن وليدها يعد بيعا كما أسلفنا الذكر، وليس تنازلا بمعناه المفترض؛ لأنه تصرف بمقابل مادي، وهذا لا يتوافر في التنازل، وتدعيما لهذا الرأي نستدل بما ذهب إليه فقهاء العصر الحديث الأستاذ R.SAVATIER إذا يقرر: "أن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلاً للتجارة، ولا يمكن أن تكون أعضاؤه محلاً للبيع بالتجزئة، فالقيم الإنسانية تسمو

وخاصة بعد ظهور أوجه القصور التي أخذت على المشرع المصري بشأن الحماية الجنائية التي كفلها القانون لحق الجنين والتي وجدنا أنه يشوبها العديد من أوجه القصور وذلك من حيث:

أ- لم يعاقب القانون الجنائي المصري على الأفعال التي يكون من نتيجتها إيقاع الإيذاء البدني بالجنين (تشوه الجنين) دون أن يتجاوز ذلك إلى تحقق فعل الإسقاط المعاقب عليه.

ب- لم يعاقب القانون المصري على الشروع في الأجهزة ونص على ذلك صراحة في مادته ٢٦٤ عقوبات بقوله: "لا عقاب على الشروع في الإسقاط

ت- لا يزال المقتن المصري بعيدا كل البعد عن وضع تقنين ينظم الممارسات الطبية التي تمس جسد الإنسان بشكل عام والجنين بوجه خاص والدليل على ذلك الاعتداء على الجنين بأي شكل قتل الإنسان بلا ذنب الغرب يحرم إفساد البويضات المخصبة ونحن نقتل كائنا حيا يحرم الغرب مجرد الاعتداء على البويضة المخصبة في بنوك النطف والأجنة ويعتبرها كائنا له قداسته ونحن نعتبر الجنين الذي يتخلق في بطن أمه المائة والعشرين يوما ليس شيئا يذكر وليس كائنا في فهم خاطيء لحديث رسول الله ﷺ "الذي يقول أن الإنسان يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة وأربعين يوما علقة وأربعين يوما مضغة ثم ينفخ فيه الروح.

وقد ذهب علماء الاجنة إلى أن هذه الأربعينيات لم يأتى ذكرها الا على سبيل التأكيد فالجنين يكون حيا في أربعين يوما الأولى بدليل تحركه في بطن أمه بعد سبعة أو ثمانية أسابيع لذا فإن الاعتداء على الجنين بعد الأربعين يوما الأولى اعتداء على النفس فإذا كان الاعتداء عليه مخافة الفقر فإن الرازق هو الله.

علي المال. ولما كان الحب أسمى هذه القيم فإن الإنسان يمكن أن يتنازل عن جزء من جسمه لشخص آخر بدافع الحب وليس المال^(١). وكذلك كان هذا نفسه موقف التشريعات من المتاجرة^(٢).

بالإضافة إلى ما ذهب إليه فقهاؤنا^(٣) أن من يقوم ببيع ما لا يملكه لا ينعقد بيعه؛ لأن من شروط الانعقاد في عقد البيع أن يكون البائع مالكا للمبيع. ودليل ذلك ما روي عن عمرو^(٤) بن شعيب عن أبيه عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: "لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك"^(٥).

فهل النصوص السابقة غائبة عن الوعي؟ أين تطبيق نص الدستور القطري (لسنة ١٩٧٢، م ٧٠) "علي حماية النشء من الإهمال النفسي....." وعلي حد قول الدستور الكويتي (لسنة ١٩٦٢) من الإهمال الأدبي، م^(١٠) أين تحاشى الإهمال الادبي للطفل المولود من الرحم المستأجر والصراع حول نسبه الذي يطارده العمر كله

(١) Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris ١٩٦٩، p. 2247.

(٢) يقصد بالمتاجرة بالأعضاء أعمال البيع والشراء للأعضاء البشرية، كالكلية والرئة والجلد والدم.

وقد اعتبر المجلس الأوروبي أن الاتجار في الأعضاء البشرية يعد من قبيل الاتجار بالبشر ويمثل انتهاكا أساسيا لحقوق الإنسان - في هذا
يراجع: د. سوزي عدلي ناشد - الاتجار في البشر بين الاقتصاد الخفي في والاقتصاد الرسمي - بحث سابق - ص ٢١١.

(٣) بدائع الصنائع ١٤٦/٥ وما بعدها بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - المتوفى ٥٩٥ هـ - دار المعرفة بيروت - طبعة ١٩٨٩م - ١٢٨/٢، مغنى المحتاج ١٥/٢، كشف القناع ١٥٧/٣ وما بعدها.

(٤) عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي أبو إبراهيم من بني عمرو بن العاص تابعي وثقة يحيى بن معين وابن راهويه من رجال الحديث وكان يسكن مكة وتوفى بالطائف سنة ١١٨ هـ - شذرات الذهب ١١٥/١، الأعلام ٧٩/٥.

(٥) سنن النسائي - كتاب البيع - باب بيع ما ليس عند البائع ٢٨٨/٧، سنن ابن ماجه - للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني - المتوفى ٢٧٥ هـ - دار الريان للتراث - كتاب التجارات - باب النهي عن بيع ما ليس عندك ٧٣٨/٢.

ولا شك من أن السبب فى زيادة ضياع حقوق الطفل هو غياب تطبيق الدستور- وفي تقديرنا - أن الدولة تلعب دورا خطيرا تجاه الطفل، لذلك اعتبر المشرع الدستوري الدولة شريكا فى رعاية الأطفال أن لم يكن المسئول الأول عنها فينبغي أن تكون الدولة يقظة تماما إلى مخاطر عدم تطبيق وفاعلية هذه النصوص، جميل أنها اجتمعت ونصت وشرعت، ولكن ليس من العدل أن توضع هذه التشريعات على الأرفف ويترتب على ذلك تقصير فى حق أطفالنا. وعليها أن تبذل كل ما فى وسعها لكي تحمي هؤلاء من عوامل الفساد ومن الاستغلال وإلا تقصر فى ذلك ولو قصر الوالدان - لأن نتيجة تقصير الوالدين لا تعود عليهما وحدهما وإنما تعود علي المجتمع بأسره، كما أن الرعاية الجسمانية والأدبية قد لا تكون فى وسع الوالدين بينما هي فى وسع الدولة، وفى مقدورها مساعدة البشر اقتصاديا حتى لا يضطروا إلى المتاجرة بأجسادهم وأطفالهم.

حيث أننى أرى أن المشكلة الأساسية تنحصر فى سوء الأحوال الاقتصادية مع غياب العقل والثقافة الجنسية والوعي الاجتماعي الذى بغيابه حرم الكثير من أصحاب العقول الضعيفة التى لا تميز بين الأمور المهمة عندهم المأكول والمشرب فقط ولا يضعون دون الأخذ فى الاعتبار إلى النواتج والبواعث؛ لذلك كان من الضروري أن نوظف دور الإعلام لانتشار الوعي بين هؤلاء الطبقة التى تنتشر فى دول العالم المضمحل اقتصاديا كالهند مثلا؛ لذلك ينبغى على الإعلام المرئي والسمعي أن يهدف لتوعية الأفراد إلى تنظيم الاجتماعي للحياة الجنسية إلى غرضها الاجتماعي باعتبارها باعث على الزواج ثم على إنشاء الأسرة التى تتكون عناصرها من الأطفال الذين يعدوا غداة المستقبل، وتفادي شيوع الفوضى الجنسية التى تحمل معها الفساد الخلقي والانحلال الاجتماعي وما لا يحصى من الأمراض النفسية والبدنية^(١) للأطفال الناتجين من هذه الفوضى الجنسية، وهذا ما نواجهه فى موضوعنا، أن يتم إنتاج أطفال قدر لهم أن يكونوا بين أسرة تشيع بينها الفوضى الجنسية مؤلفة من أبوين أب

(١) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، القاهرة ١٩٧٨، رقم ٣٣٣ ص ٣٢٨.

بيولوجي وأب آخر هو صاحب الفراش وأم هي صاحبة جينية وأم أخرى رحمية حملته ووضعتة.

فلا ذنب لهذا الطفل " ولا تزر وازرة وزر أخرى " بأن خلق، ولكنه خلق ووجد بهذه الطريقة بين هذا العالم، حيث لا يستطيع الشرع والقانون والمجتمع أن يحدد له هوية نسبه ويضعه بين أسرة كأي طفل طبيعي ولد من أم وأب فقط. وجدير بالذكر أن عملية استعانة الأرحام بحيطها في الغالب السرية والكتمان، وهذا بناء على رغبة أصحاب النطف البيولوجية خوفا على مستقبل وليدهما هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى في غالب الأمر يكون الدافع الاساسي لصاحبة الرحم المستأجر هو الاحتياج الشديد إلى المال وبالتالي لا تنظر إلى من هو المولود أو أين سيذهب بعد تسليمه وإلى غير ذلك، حتى يستقر حالها وبعد ذلك تبدأ في الافاقة من الذي كان يجري لها ويكون الطفل المولود هو الضحية، وبالتالي يكون فريسة للأوهام التي تشكك في نسبه، ولاشك من أن الأم الرحمية قد ترتكب الأم الرحمية خطأ كبير إذا أبعدت عنها طفلها التي حملت به ووضعتة حيث أنه سيترك أثارا سيئة وسلبية علي نفسية الطفل فيما بعد، وقد لا تزول هذه الآثار إذا علم أن التي حملته ولاقت المتاعب والصعاب من أجله ووضعتة ثم قبضت ثمنه امرأة أخرى غير التي أنتسب إليها وهذا سيكون له وقع سيئ علي حياته النفسية والاجتماعية.

الأمر الذي سيربي أفراد الأسرة على نوع من عدم الثقة بينهم، فإذا اختفت الثقة والصدق من الأسرة، فذلك سيشكل خطرا كبيرا على الطفل خاصة وكل أسرة عامة وبالتالي على المجتمع بشكل عام.

أما عن أهم التوصيات والمقترحات التي يمكن أن أتقدم بها لصالح المولود في نهاية هذه الرسالة فتتمثل فيما يلي:

- أتوجه إلي المجتمع الدولي ومنظمة حقوق الإنسان أن ينظروا لهذا الطفل المتولد من عملية إجارة الأرحام بعين الاعتبار، على أن يتم تفعيل الدساتير الخاصة بحقوق الطفل ؛ لأنه لو فعلت هذه الدساتير من يوم صدورها لما وصل بنا الحال لما نحن عليه اليوم من إنتاج أطفال من الأرحام المستأجرة.

والراجع لدينا بعد عرضنا لنصوص الدساتير والقوانين واللوائح المنظمة لحقوق الطفل وبعد سنوات طويلة عن إصدار هذه القوانين :

نجد أنه من الضروري أن نطفو بهذه القوانين على السطح ونطرحها على الرأي العام للمناقشة. بعد أن كان محبوسا في حجرة اغلقها لجنة تعديل القانون علي نفسها ؛ لأننا وجدنا أن هناك إهدارا لفاعليتها واخص هنا الحوار بالتحديد على الصعيد الاقليمي العربي وليس العالمي ونرى أن هذه الدساتير خيبة للآمال بعد أن صبرنا هذه السنوات انتظارا لحلول حاسمة صريحة تواجه المشكلات التي تقع على الأطفال التي منها مشكلة تشغيل الأطفال أقل من السن القانوني حتى أنني أرى أن هناك غيابا للوعي مازال مستمرا عند الاهالي الذين ينتمون إلى الطبقة المتعدمة الفقيرة بتشغيل بناتهم في المنازل تحت سن العاشرة وغير ذلك من المشاكل التي يمكن لنا حصرها وحلها. وأخيرا لعل ما سبق كاف للقول بأن أكبر دليل على عدم تفعيل هذه القوانين ظهور أولاد الرحم المستأجر. وليس هذا فحسب بل الخوف من أن يتطور هذا الموضوع إلى اللجوء لهذه العملية ؛ كي يسيء الآباء لهؤلاء الأبناء في الاتجار بهم وتشغيلهم في أمور غير مشروعة فباسم حقوق الطفل والدساتير التي ينادى بها هذا الدستور يجب الحد من هذه الظاهرة ومحاربتها.

- لذلك نلتمس من المشرع بالإسراع من اتخاذ التدابير اللازمة بشأن الخيطة من منع تسرب تلك العمليات إلى مجتمعنا الإسلامي ؛ لأنه بناء على ما توصلنا اليه من خلال رسالتنا المتواضعة وجدنا أن مصدر هذه العمليات من الدول التي لا تدين أى شريعة سماوية وهناك بعض النماذج لهذه الدول ولعدم الإطالة يمكن الرجوع إليها من هذا الكتاب.

- كما نرى أن بتفعيل الدساتير الخاصة بحقوق الطفل سوف نرسم معالم الطريق إلي التقدم ؛ لأن ذلك فيه حماية الأسرة فهي الخلية الأولى للمجتمع. ويريد أن تتوافر لها كل أسباب الحماية. ولا شك من أن الطفولة صانعة المستقبل تتوقف علي إيجاد وعي قانوني جديد فسوء الأحوال الاقتصادية والاجتماعية مرده - ألي حد كبير - أن الشعور بالقانون مفقود القوة عديم الروح خال من الإحساس ؛ لغياب المشاعر الأخلاقية والإنسانية.

وأخيرا فإننا نرجو من اللجنة الموقرة التي تبحث وتنظم تشريعات الأسرة أن تجعل في صدر تشريعاتها نصا واضحا ينبه إلى خطورة وضع الطفل، مع ضرورة تبني القضايا الخاصة به وللجنة أسوة بالقوانين المقارنة التي صدرت بشأن الاهتمام بحقوق الطفل. ولها أسوة بالتشريعات الأسرة التي تنادى بتطبيق وتفعيل الدساتير الخاصة بحقوق الطفل. وكلها لا تجيز العلاقات غير الشرعية التي يثمر عنها أطفال لا دخل لهم بالوسيلة التي ولدوا منها.

قضية :

ويحظى علاج الإخصاب خارج الجسم في الهند بشعبية ؛ لأنه يوجد اثنان على الأقل بين كل عشرة أزواج في الهند يعانون من مشاكل العقم. وتواجه الهند أزمة عقم، مع توقع تضاعف أعداد الأزواج الذين يواجهون مشاكل في حدوث الحمل في الأعوام العشرة المقبلة. ولكن تشير الأمم المتحدة أيضا شكوكا أخلاقية واجتماعية وقانونية حول كل من المرأة و«الطفل المطلوب». ومن أجل استيعاب القضايا المتعلقة بالأمر، دعونا ننظر في قصة مانجي يامادا الطفلة التي ولدت لأم بديلة هندية في عام ٢٠٠٨، لصالح زوجين يابانيين.

ولدت "مانجي" في ٢٥ يوليو (تموز) في أناد، وهي بلدة قريبة من "أحمد أباد" في غوغارات، في عيادة للخصوبة عقدت اتفاقا مع إيكوفومي يامادا (٤٥ عاما)، وزوجته في ذلك الوقت يوكي يامادا (٤١ عاما)، من أجل حمل وولادة الطفل بمساعدة الأم البديلة "بريدي باتل".

ولكن انفصل الزوجان قبل ولادة الطفلة، ولم تعد يوقي راغبة في تبنيها. وتخلت باتل أيضا عن الطفلة بعد الولادة، قائلة أنها أدت المهمة التي حصلت على مقابل من أجلها. ويريد "إيكوفومي يامادا"، الطبيب من طوكيو أن يتبنى مانجي، ولكن القوانين الهندية لا تسمح بتبني أب عزب لابنة، لتصبح الطفلة مهملة.

ولكن بعد أشهر من الإهمال القانوني، منحت المحكمة العليا الهندية حضانة الطفلة إلى جدتها لأنها ولدت في الهند.

ويشعر طبيب الطفلة "سانجاي أريا" بالذهول من القضية، حيث يقول: «عندما تحمل الطفلة ٥٠ في المائة من مادة والدها الوراثية، ما هي أهمية أن يكون عليه تبنيتها؟ أنه والدها الطبيعي» ومن الضروري مناقشة قوانين جديدة من أجل «حماية حقوق الأطفال والحقوق العاطفية للأمهات». ومن بين القضايا التي يجب مناقشتها ما إذا كان من الواجب السماح للمثليين والأمهات الوحيدات بالاستعانة ببدائل وما إذا كان من الواجب فرض حد أقصى لسن العملاء ومن هندية.

ولكن لا تفعل جميع الأمهات البديلات هذا الأمر بسهولة. وعلى سبيل المثال، أجبر الخوف من مقاطعة المجتمع، عمراة سليمان (ليس اسمها الحقيقي)، زوجة سائق توك توك، إلى التكتّم الشديد على حملها بالأنابة. وهي حامل في جنين لزوجين مسلمين من عمان. ويعتقد أطفالها الأربع أنها ذهبت إلى دبي من أجل العمل كمربية في عقد يستمر لمدة عام. ولكن في الحقيقة، هي تعيش في شقة في "أحمد أباد" بمساعدة طيبة ومعها سبع سيدات أخريات يحتفظن بأمر حملهن بالأنابة سرا. وتقول عمراة: «سأحصل على ٢٥٠,٠٠٠ روبية، أولا سأخلص بها من دين يبلغ ١٠٠,٠٠٠ روبية اقترضه زوجي، وسأشتري أيضا توك توك جديدا من أجله».

وتحمل بوشابا بأنديا (٢٧ عاما)، والتي أنجبت طفلا لصالح زوجين من لندن في العام الماضي، في الوقت الحالي جنينا لزوجين آخرين من الولايات المتحدة.

لقد حصلت على ٢٠٠,٠٠٠ روبية في الولادة الأولى، مما ساعدها وزوجها جاديش، الذي يعمل في توصيل الطلبات في شركة أعمال معاونة، على بناء منزل صغير لهم.

وتقول بوشبا أنها ستستخدم عائدات الولادة الثانية من أجل تعليم ابنتها التي تريد أن تصبح طبيبة. وهي تحظى بدعم من زوجها. وتقول: " لقد مللنا من الفقر، وهذه أفضل طريقة لعيش حياة كريمة"

ومن خلال ما سبق تبين أن هذه المشكلة ليست مشكلة المرأة باعتبارها عضو أساسى فى هذه العملية وحدها، بل أن المشكلة تمس كيان المجتمع. فالسيدات اللاتي يؤجرن أرحامهن معظمهن من المطلقات وسبب الانحراف هو الحاجة إلى المال، ونتج عن ذلك إجرام النساء وتشرد أطفالا صغارا لا يجدون أمهات لهم.. لأن أمهاتهم فى الغالب من ذوات الأرحام المؤجرة.

وأخيرا فأني أوجه نداء من خلال رسالتي المتواضعة إلى البشرية بجميع أجناسها: أين هو الحق القانوني لهؤلاء الأطفال؟ وإذا كان هناك حق قانوني فأين هو تطبيقه أننا نعلم أن لجأ القوانين معنية بالنظر في قوانين الأسرة، ولا ندري ما قد تنتهي إليه. ولكننا نرجو أن تجعل موضوع حقوق الطفل حجر الزاوية في بحثها. ولمعرفة الإجابة على الأسئلة التي طرحناها لابد من معرفة ما نصت عليه سوف نقوم بعرض ما أظفرته هذه الدساتير من نتائج من التشريعات الوضعية في كثير من دول العالم لحماية الطفل أو في مجموعة الحقوق المقررة له. ولهذا ومن خلال سردنا لنصوصها وبعدها سوف نستنتج ما هو المقدار المحقق من هذه الدساتير والذي تستوجب العدالة لحقوق الطفل.

بداية أود التنبيه إلى أننا قد اتفقنا سويا على أننا اطلعنا منذ عام ١٩٤٨ وذلك في العاشر من ديسمبر (كانون الأول) على ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويتبعها على نفس المنوال الإعلان العالمي لحقوق الطفل الصادر في ٢٠/١١/٥٩، وها نحن عام ٢٠١١ دعونا سويا نقوم بعرض ما جاء في هذه الدساتير ثم بعدها نحاول استنتاج ما حققته تلك الدساتير من فاعليه، أى أنه هل حققت هذه الدساتير ما خصصت لآجلة أم أنها حبر على ورق وضياعا للوقت؟ وبالرغم من توقعي الذي قد يعارضني عليه البعض وهو الجمود والسلبية، لكنني سوف أقوم بطرح أو غريلة ما فعلته تلك الدساتير والقوانين التي تنادى بحقوق الطفل، وذلك ليس للإطالة ولكنه كنتيجة طبيعية لما وصلنا إليه فى رسالتنا هذه من ميلاد أطفال تائهة وسط شهوات ورغبات بشرية

لا تعرف أين منبع أفكارها المستوردة من الخارج أهي من الهند أم من أمريكا أم من أين تم استيرادها؟ الأمر الذي جعل القوانين الوضعية والديانات السماوية تهتم بالطفل اهتماما بالغاً، وقررت له الحقوق التي تكفل نموه ورعايته بشكل طبيعي وليس هذا فقط بل وتلك التي تكفل له حقوقه في حال يتمه أو في حالة عجز أهلهم عن النفقة عليه هذا عن الماضي أما بالنسبة للحاضر والمستقبل فيجب علينا كباحثين أن نتدخل لحماية الطفل حتى ولو كان من والديهم، وهذا لأن هناك بعضاً من الآباء ينقادون وراء غرائزهم دون التفكير في النتائج التي قد يدفع ثمنها أطفالهم، فلا بد من التدخل لحماية هؤلاء الأطفال من عبث الآباء باستقرار مستقبلهم الذي يهدده الأصل الجيني أو النسبي لهم.

ولا شك من أن الاسلام قد راعى الطفل وحدد حقوقه، وألزم كلا من والديه بقدر من هذه الحقوق، نجد هذا في قول الله سبحانه: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ^(١)).

قد أرشد الرسول - ﷺ - إلى حقوق أخرى علي الوالد حين سئل عن ذلك فقال فيما رواه البيهقي والحكيم الترمذي: (نعم حق الولد علي الوالد أن يعلمه الكتابة والسباحة والرماية وألا يرزقه إلا طيباً).

ولا شك من أن الفقه الشرعي والقانوني كان الهدف الأسمى الأساسي لهما، هو اتخاذ التدابير الاحترازية عندما حددت العقوبات كانت يلاحظ أن المصلحة هي المصلحة الحقيقية وليست الهوى والجري وراء الشهوات كالاكتراض والتحدي تهدف من وراء ذلك أهداف معينة، هي حماية مصلحة الجماعة وإقامة العدالة وحماية الفضيلة والأخلاق علي أنه علي مشيئة الله بالعبث فيما وراء الطبيعة وتسخيره في صالح الطاقات البشرية؛ لتعويض ما تعجز عنه كدخول طرف ثالث عوضاً عن الطرف العاجز في العملية الإنجابية ونسوا أو تناسوا أن هذه الوسيلة سوف ينتج عنها كائن بشري سيحمل على عاتقه نسبا أو أصلاً جينياً في الغالب لا يعرف مصدره.

(١) من الآية رقم ٢٣٣ من سورة البقرة.

وجدير بالذكر عمل الفقه الشرعى والقانوني علي حماية مصالح الجماعة وذلك بوضع عقوبات توقع علي من يعتدي علي تلك المصالح وإذا أردنا تحديد تلك المصالح وجدناها خمسة هي : حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، والذي يعنينا منها فى هذا الموضوع هو المحافظة علي النسل : وذلك بالمحافظة علي منع الاعتداء علي الحياة الزوجية كان يعرض أصحاب النفوذ المالي طمعا فى الولد أو أصحاب النفوذ من العلماء طمعا فى الشهرة على العلاقات غير الشرعية أيا كان نوعها وعلي أي صفة كانت وهذا لما تخلفه هذه العلاقات من أطفال أزواج الطبقة الفقيرة المنعدمة التى يوسوس لها عقلها بأنه يمكن أن تربح من تجارة تأجير أرحام نسائها ومنع لا دخل لهم بالوسيلة التى ولدوا بها.

الغائبة

تقسيم:

بعد أن انتهينا بفضل - الله تعالى - من بحثنا وإتماما للفائدة المرجوة من ذلك سوف نقوم بعرض ما يلي
أولا - ملحق الرسالة :

- ١ - النظام القانوني لتأجير الرحم في الولايات المتحدة الأمريكية.
 - ٢ - مدى ارتباط القاعدة القانونية في تطبيق الشريعة الإسلامية، وأثر ذلك في التعامل مع الرحم باعتباره من المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة
- ثانياً - ما توصلنا إليه من نتائج.
- ثالثاً - توصيات البحث.

الملحق

النظام القانوني لتأجير الرحم في الولايات المتحدة الأمريكية

أولاً: نموذج إداري لضمان إجراء ترتيب ناجح لتأجير أرحام: ^(١)
من وجهة نظر المشرع الأمريكي:
أخذ معدل الارتفاع في أمريكا اليوم تزايد المفرط في الأسر ذات الأزواج من نفس النوع. بالتالي ان حلول الدولة للتبني في الزواج من نفس النوع سوف تزيد فقط من هذه الأعداد. إن دوافع الأزواج من نفس النوع هي نفس دوافع ^(٢)

MR ALI 16Cordoz0 J.Gender237

(١)

صحيفة Cordozo للقانون والنوع شتاء ٢٠١٠ مقالة - خيارات واعية وقرارات جاهلة. اعتماد Arts ذاتي التنفيذ

(٢) In 2007, the Maryland court observed that "there appears to be a trend towards the gradual erosion of the 'traditional' m clear family in today's society to the extent that the classic family structure, consisting of a mother, father, and children born to them during the marriage, is less and less the norm." Conaway v. Deane, 932 A.2d 571, 632 (Md. 2007), / generally Christine M. Lorillard, Placing Second-Parent Adoption Along the "Rational Continuum" of Constitutionally Protected Family Rights, 30 Women's Rts. L. Rep. 1 (2008).

الازواج المختلفين، وهي أن ينشثوا وحده أسرية، لاظهار الحب والالتزام للشريك لكي ينجزوا عمله بيولوجيا او لكي ينجزوا توقعات اجتماعيه او ثقافيه^(١).

إن كل الازواج متوحدتي الجنس الراغبين في ان يصبحوا والدين يجب أن يستغلوا بعضا من هذه الوسائل المساعدة لهم.

اساليب الإنجاز (ART) كضرورة للازواج مختلفي الجنس:

يوجد عدد متزايد من الناس الراغبين في تكوين أسرة مشتملة علي أطفال مرتبطين بهم جينيا، وهم يجب ان يلجأوا الي (ART) لكي يتاح لهم المنجاب هؤلاء الاطفال.

وعلي الرغم من العدد المتزايد فانه توجد عوائق أخلاقية واقتصادية وقانونية هامة في الحصول علي هذه الاطفال بهذه الطريقة. إن Catherine delair لاحظت ان الاطباء هم المسؤولون، الذين يحددون من الذي سوف يتلقي العلاج. ومع ذلك فان هؤلاء الاطباء ربما تكون لديهم كراهيتهم الاخلاقية، الاجتماعية والدينيه الخاصه ضد تكنولوجيا المنجاب او السحاق.

وبالمثل فإنه من المؤكد وجود عوائق اقتصادية ولأن (ART) باهظة التكاليف وغالبا لا تغطي بالتأمين، فإن تأجير الارحام باهظ التكاليف لاشتماله علي طرف ثالث وتكنولوجيا متطورة.

بالإضافة إلي ذلك فإن تأجير الأرحام هو (ART) الوحيد الذي تحاط بعوائق قانونية في استخدامها.

وحيث ان الاطباء هم بوابة العبور في استئجار الأرحام فان المحاكم هي بوابة العبور في اتفاقات تأجير الارحام.

ولأن مشكلة مبكرة لكل عوامل الإنجاب المساعدة، قررت حقوق الوالديه للأطفال المولودون من خلال استعمال (ARTS)^(٢). ومع ذلك فإن محاكم الدوله تأتي لتأخر الآباء المعنيين في (ARTS) من استئجار الأرحام.

(١) Catherine Delair, Ethical, Moral, and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies Employed by Gay Man and Lesbian Women, 4 DePaul J. Health Care L. 147, 148(2000).

(٢) Jerald V. Hale, From Baby M to Jaycee B': Fathers, Mothers, and Children in the Brave New World, 24 J. Contemp L. 335, 369 (1998).

علي الرغم من ان California قادت الطريق في استخدام النظريات للأطراف ؛ لكي تحدد النسل القانوني لطفل ولد خلال عملية استئجار الأرحام كثير من الولايات لم تتبع هذه القضية. في مثل هذه الولايات فإن حقوق الوالدين لا تمنح بطرقه أتوماتيكة عن طرق الموافقة او النية بل إنهم يحتاجون إلي تدخل قضائي^(١).

وهذه الولايات تختلف في أحكامها القضائية، من حيث فرق معايير لاستئجار الأرحام إلي السماح به كلياً ولذا فإن الآباء المعنيين الوحيدين الذين يحتاجون الي موافقة الدولة أو القضاء لنسل قانوني. هن السيدات اللاتي لا تستطيع أن تحمل والأزواج الرجال مثلي الجنس.

وحيث أنه لا توجد قوانين للدولة بشكل مباشر تمنع أو تحد من (ARTS) مثل هذا التلقيح الصناعي، نقل الجنين، أو حقن البويضه المجهري^(٢) للسيدات متوحيدي الجنس أو المعتدلات^(٣). فإن كثيرا من قوانين الدولة تقيم اللجوء الي تأجير الأرحام^(٤).

محاكم الدولة أخذت في الاعتبار مشروعية وأمكانية تطبيق اتفاقات تأجير الأرحام. وبالمثل فإنها تدرس التعويضات للأم البديلة ولايتان فقط يجزمان تأجير

(١) Debra J. Baselton & Maxine Weiss Kunz, Non-Traditional Families and Alternative Family Building: Securing Parental Rights for Intended Parents, 20 DCBA Brief 30, 30(2007).

(٢) See ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 25 Fam. L.Q. s 101, s 102(1), at 175 (2008) [hereinafter ABA Model Act].

(٣) John A. Robinson, Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology, 55 Case W. Res. L. Rev. 323, 349 (2004).

(٤) State laws on surrogacy are constantly changing. At the time of this writing, the following information was correct. See Darra L. Hofman, 'Mama's Baby, Daddy's Maybe:' A State-By-State Survey Of Surrogacy Laws And Their Disparate Gender Impact, 35 Wm. Mitchell L. Rev. 449 (2009), for the fullest and most recent discussion of surrogacy on a state by state basis.

الأرحام^(١). وسبع ولايات لديها تشريعات تمنع تأجير الأرحام كلياً^(٢). وولايتان لديهما آراء للمحامي العام التي تدل علي أن اتفاقات تأجير الأرحام غير ملزمة إلي أن تحويها التشريعات^(٣). وستة ولايات تقتصر تأجير الأرحام علي الأزواج^(٤). كثيراً من الولايات ليس لديها تشريعات بخصوص تأجير الأرحام^(٥). في مثل هذه الأمثلة فإن المحاكم تلجأ لتحديد القصد التشريعي باعتبار أن تأجير الأرحام بخصوص تأجير الأرحام بتطبيق التشريعات ذات الصلة، وعادة تشريعات التبني أو النسب، وهذه التشريعات تترجم بطريقة غير رسمية لتمنع الأب المعني أو الأباء من تأسيس علاقة الأبوية. إن هذه القوانين، من الناحية النظرية، إلي حد كبير تتدخل في حقوق السيدات العقيمات والزوجين متوحدي الجنس. ومع ذلك فإن John Roinson

(١) Hofman cites Washington D.C. and Washington State as providing the possibility of criminal sanctions. Hofman,.

(٢) D.C. Code s 16-402 (2001); Ind. Code Ann. s 31-20-1-2 (West 1999); La. Rev. Stat. Ann. s 9:2713 (1991); Mich. Comp. Laws s 722.859 (West 2002); Neb. Rev. Stat. s 25-21,200 (1995); N.Y. Dom. Rel. Law s 123 (McKinney 1999); N.D. Cent. Codes 14-18-05 (2004).

(٣) Kan. Op. Att'y Gen. 96-73 (1996); Kan. Op. Att'y Gen. 82-150 (1982); Ky. Rev. Stat. Ann. s 199.590 (West 2009).

(٤) Fla. Stat. Ann. s 742.15 (West 2009); Nev. Rev. Stat. Ann. s 126.045 (West 2008); N.H. Rev. Stat. Ann. s 168-B:1 (2009); Tex. Fam. Code. Ann. s 160.754 (Vernon 2009); Utah Code Ann. s 76-7-204 (West 2005); Va. Code Ann. s 20-156 (West 2004).

(٥) "The vast majority of states are silent or near silent on the issues of • whether, when, and how surrogacy agreements are enforceable, void, or voidable.... In many of the states that are 'silent' on surrogacy, bills have been shot back-and-forth through the legislature but come to naught." Hofman, supra note 14, at 454. Hofman has also observed that "[o]f those states that do have laws on the books regarding such agreements, the responses range from relying heavily on the Uniform Parentage Act or party intent to outright bans or even criminalization of surrogacy

يشير إلي أنه لا يوجد سابقة كافية لكي تؤكد أن تحديا ما في مثل هذه الخلفية سوف ينجح.

إن الدستور لا يضمن لكل الأشخاص الحق في أن ينجب^(١) أنها تتبع ذلك مثل حق متعود بدون اعتبار الحالة الاجتماعية أو التوجهات الجنسية. والمنطق هو الذي سوف يتحكم. مثلما ذكر justice brennan في Eisenstadt v. Baird 240 أنه "لو أن حق الخصوصية يعني أي شيء. فإنه يعني الحق للفرد المتزوج أو الأعزب في أن يقرر أن يلد أو ينجب طفلا"^(٢). أن بعض حريه الانجاب مثلما لاحظ العديد من العلماء، تتطلب الحق في أن يستخدم ARTS عند الضرورة لانجاز مثل هذا الهدف.

ومع ذلك فإن تأجير الأرحام لوحده من كل (ARTS) هو الأسلوب الوحيد من الأساليب التي تحتوي علي طرف ثالث أنه يتطلب بعض التشريعات علي الرغم من أن الأنظمة غير الرسمية لم تنشأ وما هو مطلوب من زمن يعيد هو خريطة منتظمة ومنسقة لإتفاقات تأجير الأرحام لكي تحدد الحقوق والواجبات للأطراف المشتركين وبالمثل المسؤوليات تجاه الطفل الناشيء^(٣) أن مثل هذه الخريطة المنتظمة ينبغي أيضا أن تضمن النسب بطريقه تلقائيه للأباء المعنيين بدون الحاجة إلي تدخل أو حكم قضائي.

إن العديد من النماذج أو إحداثيات تأجير الأرحام اقترحت في العشرين سنه الماضيه^(٤). ولكن لم يتم تبني أي منهم بواسطة قوانين الولاية. ومع ذلك فإن في

Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535 (1942) (١)

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438, 543 (1972). (٢)

Christine L. Kerian, Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a COM modification of Women's Bodies and Children?, 12 Wis. Women's L. J. 113, 116 (1997). Kerian similarly called for legislative guidelines twelve years ago. (٣)

at 143 (noting the Uniform Conception Act and the Mode Surrogacy Act. The Uniform Conception Act had two alternatives: a judicial authorization model, and a model banning surrogacy altogether.). (٤)

عام ٢٠٠٨ قسم قانون الأسرة أصدر نموذج (ABA) في أساليب الإنجاب المساعدة.

"the act or model act" نموذج القانون أن الغرض المذكور يحد (of the act) من هذا القانون وهو أن يرسم للمشاركين في (ARTS) حقوق قانونية واضحة، والزامات وكذلك حماية عن طريق تأسيس مستويات قانونية تخاطب بعض من الاهتمامات الملحة للمجتمع عن the act⁽¹⁾ ARTS القانون يحتوي علي شرطين لتأجير الأرحام كلا الحكمين يمهّد الطريق بالسماح بالتعويض للأم البديلة. إن هذا الشرط يزيل واحدا من العقوبات الرئيسية لاتفاقات ناجحة لتأجير الأرحام⁽²⁾.

إن البديل الأول هو نموذج قضائي ويتطلب:-

كل المشاركون أن يدخلوا في إتفاق مكتوب لتأجير الأرحام ويقرروا الاتفاق بالموافقة الصريحة قبل أداء أية اجراءات طبية لبدء الحمل. أيضا يتطلب هذا النموذج أمر محكمة ثان بعد ميلاد الطفل لتأكيد استمرار موافقة الأطراف ويصلح سجلات الميلاد⁽³⁾ إن مثل ذلك، يديم المشكله لكون القاضي المتحكم في اتفاقات تأجير الأرحام.

هو أن النموذج المتاح من أجل إتفاق تأجير أرحام (ملزم) لا يتطلب حكم قضائي⁽⁴⁾ أن هذا النموذج يقر معظم اتفاقات تأجير الأرحام " التي تحمل الأطفال، الوالدين العقيمين لكي ينفذا رغبتهم لطفل مرتبط بهم بيولوجيا أن النموذج الإداري كان مفقوداً به هو توفير نموذج مستخدم دفاع ودود " لكي يؤسس النسب في إتفاقات تأجير الأرحام.. التي هي أسرع وأقل تكلفة للأباء

(١) ABA Model Act, Prefatory Note, at 171. The Model Act specifies that it is not the intent of the Act to "conflict with

(٢) Id at ss 701-11, at 188-97

(٣) Charles P. Kindregan Jr. & Steven Snyder, Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, 42 Fam. L.Q. 203, 220 (2008).

(٤) Id. at 223

المعنيين / وتوفر توافق كبير واقتصاد قضائي. " ربما تكون البداية تجاه نموذج الإداري.. لاتفاقات تأجير الأرحام وتحت هذا البديل. فإن كلاً من الأم البديلة والأباء المعنيين يجب أن يقبلوا متطلبات الأهلية ؛ لكي يكون الاتفاق صحيحاً إن معظم القانون يوفر على الأقل أحد من الأباء المعنيين الذين يكون لديهم إرتباط جيني بالطفل وهؤلاء الأباء المعنيين يوضحوا الحاجة الطبية لاستئجار الأرحام، مع شهادة خطية من طبيب مرفقة وحيث أن ذلك قد يقرأ لكي تمنع أزواجاً متوحدى الجنس كأباء معنيين. لقد لاحظ kindregan و sngder أن المنال الأكثر جنوحاً لمثل هذه الحاجة الطبية أو أمثلة أخرى موجودة. أن هذا البند من نموذج إحداث إعدادات تأجير الأرحام الثانى لابد أن يصور بوضوح لتطبيقه على نماذج أخرى من السيدات العقيمات. إن القانون act بنفسه يجعل ذلك واضحاً جينياً فى مذكرته الإستفتاحية. والتي توفر نموذج قانون يتيح إطار عمل مرن... لكي يرشد توسيع الطرق التى بها تتكون الأسر^(١) إن المذكرة الاستفتاحية أيضاً تقرأان arts سوف تستخدم لكي تمكن " الافراد من ان يكون لديهم أطفال عندما يكونون غير قادرين أو أن لا يختاروا أن يقوموا بوسائل الجماع الجنسي..

إن مثل هذه القراءة فى نموذج القانون البديل الثانى لتأجير الأرحام يؤكد اعتراف الدول التى تسمح بزواج نفس الجنس^(٢) أن التوجه الجنسي ليس له تأثير على رفاهية الاطفال المثريين فى منزل. الأزواج من نفس الجنس.^(٣) إن البحث يوضح أن الأطفال الذين تمت تربيتهم فى نفس العائلة من نفس الجنس فإنهم يكونون أصحاء مثل الاطفال الذين تمت تربيتهم لآباء مختلفي

ABA Model Act, Prefatory Note, at 172

(١)

Id.

(٢)

As of this writing, Massachusetts, Connecticut, Iowa, Maine, Vermont, and New Hampshire permit gay marriages. California briefly allowed gay marriage before Proposition 8 banned it again in November 2008. However, the marriages that took place between June and November 2008 remain valid in California.

(٣)

الجنس. إن التوجه الجنسي ليس له تأثير يمكن قياسه^(١) ان حكمه NEW JERSEY ذكرت ان :-

دراسات على موضوع ازواج مختلفى الجنس.. أوضحت ان..
..... شمولية.

تطور هوية نوعية التفصيل الجنسي بين نسل الآباء مثلى الجنسي تجد دليل موجود على اضطرابات كبيرة فى أى نوع من التطوير للهوية الجنسية بين هؤلاء الافراج^(٢) السبب المناظرة الحديثة بشأن زواج الجنس هو غالباً ما تكون عن رفاهية الأطفال^(٣) ولان الزواج ليس فى حد ذاته ليس وكيل الاستعادة لياقة النسب.

^(٤) فإن أى شخص أو زوج من الأشخاص الذين يقصدون أن يحصلوا على طفل من جهات تأجير الأرحام ويتفق مع أحكام شرعية بديلة. ينبغي أن يضمن حماية قانونية للأسرة المكونة من خلال عقود تأجير الأرحام. وان هذا المقال يجادل محاكم الدولة وتشريعاتها. وما يحتاج ان يظهر ما سماة DARRAHOFMAN. إن النهج الإدارى لتأجير الأرحام. ولكى يضمن أفضل فائدة للأطفال المولودين إلى هؤلاء الأطراف.

(١) James B. Boskey & Joan H. Hollinger, Adoption, Law and Practice, s 3.06(6) (2005). Boskey also notes the strong support of all professional organizations with expertise in child development and family dynamics for placement of children in homosexual households.- Id.

(٢) In re Adoption of Child by J.M.G, 632 A.2d 550, 553-54 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1993) (citing Charlotte J. Patterson, Children of Lesbian and Gay Parents, 63 Child Dev. 1025, 1031-32 (1992); Daniel Goldman, Studies Find No Disadvantage in Growing Up in a Gay Home, N.Y. Times, Dec. 2, 1992, at C14).

(٣) Richard F. Storrow, Rescuing Children from the Marriage Movement: The Case Against Marital Status Discrimination in Adoption and Assisted Reproduction, 39 U.C. Davis L. Rev. 305, 307 (2006).

(٤) Id. at 309

إن التبني لعقد البديل مع التحذير بأن يتم ترجمه لكى يشمل الرجال مثلى الجنسى الذين لا يمكن أن يكون له طفل جيني مرتبط بهم. إنه ليس فقط يسمح للأباء المحتملين أن يعرفوا أنه سوف يكون محفوظة قانونيا. ولكنه أيضاً يؤكد إن الاطفال المولودين لهم أن يعاملوا بالمثل. وحيث أن حالة الطفل القانونية تعرف بواسطة علاقة بالأب والأم مثل هذه المحاولات لمساواة حالات الأطفال توضح كما ذكرته ٢٤٣ JAAN CATHERINE لضمان أن الاطفال المولودون ممن خلال تأجير الأرحام يتمتعون بنفس الحقوق للأطفال مثل المولودين من زوجين مختلفى الجنس.

القسم ٢ :

إن اتفاقات تأجير الأرحام تبني فقط على دليل نية الأفراد الأصلية. وبالإضافة لذلك فإنه لا بد من تنفيذ محدد لعلاج متاح لانتهاك من جانب ناقلة الحمل لبنود اتفاقات الحمل والتي تتطلبها ان تكون غير حامل. أخيراً فإن أى إجراء لإبطال ترتيب الأم الناقلة للحمل تلبية متطلبات هذا القانون أو أن تتحدى حقوق النسب المنشأة وفقاً لهذا القانون وذات الصلة وتشريعات الدولة للنسل ربما تبدأ بعد اثني عشر شهراً من تاريخ الميلاد للطفل^(١).

قسم ٨٠٠ : الدافع للمتبرعون ولناقل الحمل

بسبب أن كثيراً من الولايات تمنع التعويض للأم البديلة وسوف تبطل أيا منهم إن اتفاقات تأجير الأرحام والتي تحتوى على مثل هذا الشرط^(٢) يجعل من الأكثر صعوبة أن تجد سيدة كام بديلة كما يشرح Snyder, Kindergan^(٣) جانباً مهماً من نموذج القانون وهو التوفير لجعل التعويض معقولاً.

قسم (المادة) ٨٠١ :

إن المتبرع يجوز تعويضه لخسارات اقتصادية ناتجة عن استرجاع أو تخزين

(١) ABA Model Act, Alternastive B, Article 7, ss 701.2 ,702.2,703.3, 703.4, 704, 707, 708, 711, at 188-92

(٢) see supra part II.A.

(٣) kindregan & Snyder, supra note 32,at 225.

الأجنه الأمشاج يعد دخول المتبرعة فى اتفاق واجب النفاذ. على ان تكون للمتبرعة اقساط تدفع للتأمين ضد الخسارة الاقتصادية الناتجة عن استرجاع أو تخزين الأجنه الأمشاج للتبرع ربما تسدد حتى لو أن مثل هذه الأقساط كانت دفعت مسبقا للمتبرعة التى وقعت على الاتفاق الواجب النفاذ طالما أن الاتفاق سارى المفعول قبل الأمشاج أو الأجنه فى المساعدة على الإنجاب وفقاً للاتفاق. خلاف ذلك خسارات اقتصادية تحدث قبل أن يدخل المتبرع فى الاتفاق ذاته.

قسم ٨٠٢:

إن أية مميزات مدفوعة الى الجهات المانحة للأمشاج أو ناقلى الحمل لابد أن تكون معقولة أو يكون التفاوض بحسن النية بين الأطراف^(١).

ثانياً: الشكل القانونى لنظام الحمل غير التجارى فى الولايات المتحدة الامريكية

شروط ترتيبات استئجار الحمل غير التجارى التى يتطلبها "القسم ٣٠" يشترط أن " يكون الأبوان المتعاقدان واللدان يحملان حصة جينية فى الطفل الذى يولد من اتفاق استئجار الرحم... الأبوين القانونيان للطفل " وبذلك استبعاد الحاجة للتقدم بطلب تبني للحصول على حضانة الطفل الذى حملته الأم البديلة قانونياً^(٢).

وعلى الرغم من ذلك فإن هذا القانون ليس بالبساطة التى قد يبدو بها. فمن أجل تحويل الأبوين قانونياً من الأم البديلة إلى الأبوين المتعاقدين يتطلب القسم ٣٠، تطبيق شروط مشددة.

أولاً: يجب أن يكون الأبوان المتعاقدان متبايني الجنس ومتزوجان وبهذا يستثنون الأزواج المثليين من أي من الجنسيين والأزواج متبايني الجنس غير متزوجين والأفراد^(٣).

ثانياً: يجب أن يقدم إثبات للمحكمة يقيد بأن الأم البديلة لم تتلق أي تعويض مادي أو نفعي في مقابل خدماتها كام بديلة، وذلك يلغي وجود أي

ABA Model Act, at ss 801, 802, at 188-92.

(١)

Id. at 93-94

(٢)

Id at 94

(٣)

ترتيب لاستئجار الرحم تجارياً أمام المحكمة^(١).

ثالثاً: يجب أن يراجع الأبوان المتعاقدان مع المحكمة لمدة ستة أشهر بعد ولادة الطفل مما يتضمن ملاقة متطلبات المسكن والعمر وهي "يجب أن يكون مسكن الطفل مع الأبوين المتعاقدين" و"يجب أن تكون الأم البديلة قد سلمت الطفل للأبوين المتعاقدين"^(٢).

الحماية الوحيدة التي يوفرها القسم ٣٠ للأم البديلة هي الشرط الذي ينص على أن الأم البديلة يجب أن تعطي موافقتها على الأقل بعد ولادة الطفل بستة أسابيع^(٣). ويسري ذلك على الأم البديلة سواء كانت أم بديلة بالمعنى التقليدي أي أنها المتبرعة ببويضاتها، أو أنها أم بديلة كحامل للطفل فقط :-
وليس لديها أي ارتباط جيني بالطفل^(٤) في هذه الفترة فقط يكون للأم البديلة الأولوية القانونية عن الأم المتعاقدة في الحصول على الحضانة القانونية على الطفل بصفتها الأم البيولوجية للطفل سواء كانت لديها صلة جينية بالطفل أم لا^(٥).

في الحقيقة يمكن اعتبار تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري مانعاً سلبياً لإستئجارالرحم ؛ حيث أنه ينطبق فقط في حالات محدودة ؛ حيث يكون من المستحيل أو من غير المرغوب فيه بدرجة كبيرة لأسباب طبية، وهي أن تقوم الأم المقصودة بحمل الطفل بنفسها. "وحتى في أفضل حالة ممكنة لا يمكن لتشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أن يوازن بشكل مناسب بين مصالح جميع الأطراف المختصة. فالأبوان المتعاقدين يُتركان بلا أي حل قانوني إذا ما قامت الأم البديلة بتغيير رأيها وقررت الاحتفاظ بالمال والطفل: فعقد استئجار الرحم لا يمكن فرضه تحت طائلة تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري.

Id	(١)
Id	(٢)
Id	(٣)
Id	(٤)
Id	(٥)

في النهاية، فمعظم الدول الأوروبية مثلها مثل بريطانيا العظمى لا تقوم بحماية حقوق الأبوين المتعاقدان في عقد استئجار الرحم مما يجعل استئجار الرحم تجارياً مغامرة خطيرة تبعاً لذلك.

وانطلاقاً مما سبق سرده يتضح لنا: تبين هذه الحدود كيف يميل تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري إلى إعاقة استئجار الرحم تجارياً بتحديد الأشخاص المناسبين والذين تنطبق عليهم الشروط المشددة التي تطلبها المحاكم البريطانية لتفرض أي حقوق. يستثني تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أيضاً أي أطراف مرتبطين بترتيب استئجار رحم خارج الشروط المفروضة في القسم في الحقيقة يمكن اعتبار تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري مانعاً سلبياً لاستئجار الرحم، حيث أنه ينطبق فقط في حالات محدودة "حيث يكون من المستحيل أو من غير المرغوب فيه بدرجة كبيرة لأسباب طبية أن تقوم الأم المقصودة بحمل الطفل بنفسها." وحتى في أفضل حالة ممكنة لا يمكن لتشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أن يوازن بشكل مناسب بين مصالح جميع الأطراف المختصة. فالأبوان المتعاقدان يُتركان بلا أي حل قانوني إذا ما قامت الأم البديلة بتغيير رأيها وقررت الاحتفاظ بالمال والطفل: فعقد استئجار الرحم لا يمكن فرضه تحت طائلة تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري في النهاية، فمعظم الدول الأوروبية مثلها مثل بريطانيا العظمى لا تقوم بحماية حقوق الأبوين المتعاقدان في عقد استئجار الرحم مما يجعل استئجار الرحم تجارياً مغامرة خطيرة تبعاً لذلك.

وحتى في أفضل حالة ممكنة لا يمكن لتشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري أن يوازن بشكل مناسب بين مصالح جميع الأطراف المختصة. فالأبوان المتعاقدان يُتركان بلا أي حل قانوني إذا ما قامت الأم البديلة بتغيير رأيها وقررت الاحتفاظ بالمال والطفل: فعقد استئجار الرحم لا يمكن فرضه تحت طائلة تشريع التخصيب وعلم الأجنة البشري^(١) في النهاية فمعظم الدول الأوروبية مثلها مثل بريطانيا العظمى لا تقوم

(١) Gene Dodd, surrogacy and the the Law in Britain ; users perspectives, in S URROGATE M- otherhood ; International Perspectives 113 – Rachel Cook et al eds. , 2003

بحماية حقوق الأبوين المتعاقدين في عقد استئجار الرحم مما يجعل استئجار الرحم تجارياً مغامرة خطيرة تبعاً لذلك.

- المواد الإدارية لقانون نموذج قانون I B I في تقنين الولايات المتحدة الأمريكية

وشذوذ حالات نقل الأرحام غير المنافس يقدم خلفية مثيرة لقانون نموذج 200 "I B I" على التقنيات المنتجة المساعدة ونموذجه الإداري الجديد لاتفاقيات نقل الأرحام. ومدونته التمهيدية يشرح ٢٥٨ أن الحاجة لهذا القانون يتم التعبير عنها بأفضل ما يكون عن طريق محكمة الاستئناف في كاليفورنيا في إعادة زواج بوزانكا^(١).

وننضم إلى الأصوات القضائية التي تلمس للعناية التشريعية للعدد المتزايد للقضايا القانونية المعقدة التي ظهرت عن طريق التقدمات الحديثة في مجال التكاثر الصناعي. ومهما كانت الميزة لقرار قضية بقضية مستمدة من الواقع لكل قضية جديدة، وبعض الإرشادات الإجمالية التشريعية ستسمح للمشاركين بالقيام بخيارات معلومة والمحاكم التي تسعى للتوحيد في قراراتهم^(٢).

والهدف من النموذج القانوني هو تقديم إطار العمل المرن الذي سيعمل كآلية لحل الخلافات المعاصرة للتكيف مع الحاجة لحل الخلافات التي يتم تصورها لكن لا تحدث ولإرشاد توسع الطرق عن طريق أي العائلات التي يتم تكوينها. ويقدم قانون النموذج "I B I" الذي يحكم التقنيات الإنتاجية المساعدة النموذج المقصود ليوضع في الاعتبار كلياً وجزئياً عن طريق الهيئات التشريعية التي تفكر في الحلول الممكنة للمشكلات التي تنشأ عن طريق النموذج الإداري "B" البديل^(٣) لتعاقدات نقل الأرحام تختلف عن النموذج القضائي قبل الموافقة في

(١) Id.(Although Note attributes this quot to In re marriage of Buzzance, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Ct. App. 1998), the quote is actually from Prato-morrison v. Doe.).

(٢) ABA Model Act, prefatory Note, at 172 (quoting prato-morrison v. Doe, 126 Cal. Rptr.2d 509,516 n.10(Ct.App.2002).

(٣) All references are to ABA Model Act, Alternastive B, Article 7, 42 Fam.l.q. at 188-92.

البديل "I" وفي قوانين النموذج السابق فيه حيث إنه يعتمد على نموذج تعاقد التنفيذ الذاتي.

^(١) والأبوة بشكل ألي وإداري تعهد إلى الآباء المقصودين طالما يلبي جميع الأطراف الملائمة والمتطلبات الإجرائية^(٢). لا يتطلب التدخل القضائي أو الموافقة موجز لمتطلبات البديل "B" كما يلي :

المادة ٢٠١/٢ - ٢ :

وتثبت هذه النسخة من القانون علاقة الطفل - الآباء بين الآباء المقصودين والطفل قبل ولادة الطفل المولود من خلال ترتيب حامل الحمل. وتعهد الحقوق الأبوية إلى الآباء المقصودين بشكل مباشر عند ولادة الطفل فليست حامل الحمل ولا زوجها القانوني على أي حال سيكون أب الطفل لأهداف قانون الولاية بشكل مباشر عند الولادة.

المادة ٢٠٢/١ - ١ :

ويجب على حامل الحمل تلبية المتطلبات التالية في الوقت الذي يتم تنفيذ الاتفاقية :

- أ- يجب تبلغ من العمر على الأقل إحدى وعشرين عاما.
- ب- ويجب أن تلد مرة واحدة على الأقل.
- ج- ويجب أن تكون أكملت التقييم الطبي المتعلق بالحمل المتوقع.
- د- ويجب أن تكون أكملت تقييم الصحة العقلية المتعلقة بترتيب حامل الحمل المتوقع.
- هـ- ويجب أن تكون قد اجتازت الاستشارة القانونية مع المجلس القانوني المستقل مع الوضع في الاعتبار شروط اتفاقية الحمل والنتائج القانونية المحتملة لترتيب حامل الحمل.
- و- ويجب أن تحصل على أو تمتلك بوليصة تأمين على الصحة - قبل حرك الجنين التي تغطي العلاجات الطبية الكبرى والرعاية في المستشفى وأيهما

Id. at 220-21

(١)

Id

(٢)

لديه الشرط الذي يمتد من خلال فترة الحمل المتوقعة ولمدة ٨ أسابيع بعد ولادة الطفل. والبوليصة التي يمكن شراؤها عن طريق الآباء المقصودين بالتيابة عن حامل الحمل للترتيب الحمل.

المادة ٢٠٢/٢ :

يجب على الآباء المقصودين أن يلبوا المتطلبات التالية في وقت تنفيذ الاتفاقية :

- أ- يجب على الآباء المساهمة على الأقل بإحدى الأمشاج الناتجة في الجنين ؛ حيث أن حامل الحمل سيحاول الحمل طبقا للشروط.
- ب- يجب على الآباء أن يكون لديهم حاجة طبية لترتيب حامل الحمل كدليل من قبل شهادة أخصائي مؤهل يتم إلحاقها لاتفاقية الحمل.
- ج- ويجب عليها إكمال التقييم الصحي العقلي المتعلق بترتيب حامل الحمل.
- د- يجب أن تجتاز الاستشارة القانونية مع المجلس القانوني المستقل فيما يخص شروط اتفاقية الحمل والنتائج القانونية الممكنة لترتيب حامل الحمل.

المادة ٢٠٣/٢ :

ويجب أن تلبى اتفاقية الحمل المتطلبات التالية :

- أ- يجب أن تكون كتابية.
- ب- يجب تنفيذها قبل بدء أية إجراءات طبية - غير التقييمات الصحية أو العقلية الضرورية لتحديد ملائمة الأطراف - تعزيزا لترتيب حامل الحمل :^(١) عن طريق حامل الحمل الذي يلبي متطلبات الملائمة لهذا القانون - وإذا كانا متزوجين فإن الزوج القانوني لحامل الحمل
- ^(٢) وعن طريق الآباء المقصودين الذين يلبون متطلبات الملائمة لهذا القانون - إذا كان الآباء المقصودين متزوجين فيجب على كلا الزوجين تنفيذ اتفاقية الحمل.

ج - حامل الحمل والآباء المقصودة يجب تمثيلهما بمجلس منفصل ومستقل في جميع الأمور المتعلقة بترتيب حامل الحمل والاتفاقية.

د- يجب على حامل الحمل والآباء المقصودة أن توقع على إقرار مكتوب إنها أو إنه تلقى معلومات حول الحقوق القانونية والمالية والتعاقدية والتوقعات والجزاءات والتزامات اتفاقية الحمل.

هـ- وإذا اشترطت اتفاقية الحمل تسديد تعويض لحامل الحمل فيجب وضع التعويض في الضمان مع وكيل الضمان المستقل قبل بدء حامل الحمل لأي إجراءات طبية غير أن التقييمات الطبية والعقلية الأخرى الضرورية لتحديد ملائمة حامل الحمل.

و- ويجب أن يشهد على الاتفاقية اثنان بالغان مختصان ونزيهان.

المادة ٧٠٣/ ٣-

يجب أن تشترط اتفاقية الحمل ❖

أ- اتفاقية مكتوبة صراحة لحامل الحمل:

- تحمل نقل الجنين ومحاول الحمل وولادة الطفل.

- التنازل عن التحفظ للآباء المقصودة مباشرة عند ولادة الطفل.

ب- إذا كان حمل الحمل متزوج فيجب الحصول على اتفاقية واضحة من زوجها لتنفيذ الالتزامات المفروضة على حامل الحمل الساعي لشروط اتفاقية الحمل.

- التنازل عن التحفظ على الطفل إلى الآباء المقصودة مباشرة عند

ولادة الطفل:

ج- حق حامل الحمل في الاستفادة من خدمات الأخصائي لاختيارها بعد الاستشارة مع الآباء المقصودة لتقديم العناية بها خلال فترة الحمل.

د- اتفاقية مكتوبة صراحة للآباء المقصودة:

- للموافقة على التحفظ على الطفل مباشرة عند ولادته أو ولادتها.

- تولى المسؤولية الوحيدة لدعم الطفل مباشرة عند ولادته أو ولادتها.

المادة ٧٠٣/ ٤ :

واتفاقية الحمل قابلة للتنفيذ حتى إذا كانت تحتوي على مادة أو أكثر

من المواد التالية :

- أ- توافق حامل الحمل على اجتياز جميع الفحوصات الطبية والعلاجات وإجراءات مراقبة الجنين التي يوصي بها الأخصائي لنجاح الحمل.
- ب- يوافق حامل الحمل على الامتناع عن أي نشاط يعتقد الآباء المقصودة أو الأخصائي بشكل صحيح إنها مضرّة للحمل والصحة المستقبلية للطفل ويشمل - وليس قاصراً على- التدخين وشرب الكحوليات واستخدام أدوية بدون رخصة واستخدام أدوية بروضة وليس مصرح بها من الطبيب الذي يكون على دراية بحمل حامله الجنين والتعرض للإشعاع وأي أنشطة أخرى محظورة من مقدم العناية بالصحة.
- ج- يوافق الآباء المقصودة على دفع تعويض معقول لحامل الحمل.
- د- يوافق الآباء المقصودة على الدفع أو التعويض لحامل الجنين بنفقات معقولة وتشمل النفقات الطبية أو القانونية أو المهنية الأخرى المتعلقة بترتيب حامل الحمل واتفاقية الحمل.

المادة ٢٠٤ :

وأي شخص يوضع في الاعتبار ليكون أباً للطفل مضطّر لرعاية الطفل. وأي مخالفة لاتفاقية الحمل من قبل الآباء المقصودة لن تخفف على الآباء المقصودة هذه من التزامات الرعاية المفروضة من قبل هذا القانون. وسيكون المتبرع بالأمشاج مسئولاً عن رعاية الطفل في حالة إذا ما فشل أو فشلت، ففي إبرام اتفاقية قانونية مع الآباء المقصودة والتي فيها يوافق الآباء المقصودة على تولي جميع الحقوق والمسؤوليات لأي طفل ناتج ويتنازل متبرع الأمشاج عن حقوقه أو حقوقها عن أي أمشاج - الأجنة الناتجة - أو الأطفال.

المادة ٢٠٧ :

يحدث عدم الامتثال عندما تفشل حامل الجنين أو زوجها أو مخالفة الآباء المقصودة لمواد قانون لاتفاقية الحمل أو أي طرف أو اتفاقية ترتيب نقل الأرحام لتلبية أي من متطلبات هذا القانون.

المادة ٢٠٨ :

❖ ٢٦١ وفي أعقاب عدم الامتثال تحدد محكمة الدائرة المختصة الحقوق المختصة والتزامات الأطراف.

أخيراً فإن أى إجراء لإبطال ترتيب الأم الناقلة للحمل تلبية متطلبات هذا القانون، أو أن تتحدى حقوق النسب المنشأة وفقاً لهذا القانون وذات الصلة وتشريعات الدولة للنسل ربما تبدأ بعد اثني عشر شهراً من تاريخ الميلاد للطفل^(١).
وضع أساسيات لتأجير الأرحام من وجهة نظر الفقه الأمريكى:

يوجد نوعان من تأجير الأرحام - التأجير التقليدى، والحمل بالإنابة فى التأجير التقليدى - الأم المستأجرة يتم تلقيحها صناعياً إما عن طريق الاب المعنى أو عن طريق متبرع مجهول وتحمل الطفل لأجل مسمى، إن الطفل حينئذ جينياً مرتبط بالأم المستأجرة التى توفر البويضة والاب المعنى أو المتبرع المجهول. فى حمل تأجير الأرحام تنقل البويضة من الأم المعنية أو المتبرعة المجهولة وتخصب مع الحيوان المنوي من الأب المعنى أو متبرع مجهول - البويضة المخصبة أو الجنين حينئذ ينقل إلى الأم المستأجرة إلى فترة إن الطفل حينئذ يرتبط جينياً بالأم التى تبرعت بالبويضة وبالأب المعنى أو المتبرع بالحيوان المنوي ولكن ليس للأم المستأجرة، بعض الأزواج متحدة الجنس وجدوا أن تأجير الأرحام بالإنابة جذاب؛ لأنه يسمح لسيدة فى أن تساهم ببويضتها ولأخرى أن تحمل الطفل. إن تأجير الأرحام التقليدى هو أكثر إثارة للجدل من حمل تأجير الأرحام على نطاق واسع؛ بسبب أن العلاقة البيولوجية بين الأم بالإنابة والطفل غالباً ما تعقد الحقائق للقضية لو أن حقوق الوالدين أو صلاحية اتفاق تأجير الأرحام تحدى، ونتيجة لذلك فإن معظم الولايات تمنع إتفاقات تأجير الأرحام التقليدية بالإضافة إلى ذلك كثير من الولايات التى تسمح بعقود استئجار الأرحام تحظر التعويض فيما يتجاوز دفع النفقات الطبية والتي تكبدتها نتيجة إتفاق تأجير الأرحام.

- العثور على الأم البديلة: Finding as surrogate

أحياناً فرد فى الأسرة أو صديقة تعرض أن تكون الأم البديلة هنا يمكن أن يقلل من تكلفة تأجير الأرحام، ومع ذلك وبسبب أن ليس كل واحد يعرف

(١) : ABA Model Act, Alternative B, Article 7, ss 701.2, 702.2, 703.3, 703.4, 704, 707, 708, 711, at 188-92.

سيده في مكان لكي تتطوع أن تكون أم بديلة. فإن معظم الناس يجدون الأم البديلة من خلال وسائل أخرى : يوجد الكثير من الوكالات - الشركات تامة الخدمة التي توفق الآباء المعنيين بالأم البديلة عند إختيار وكالة. فإنه لابد من البحث في تاريخ الوكالة. وسؤال مهم يفرض نفسه : كم تكون الأتعاب المقررة؟ وكيف يتم فحص الأمهات البديلات؟ لو بالإمكان غالباً ما يكون من المفيد التحدث إلي عميل سابق بالوكالة. وها هو إختيار من عينة الأسئلة التي ينبغي أن يسألها الوالدان وتشتمل على :

هل الوكالة مجيبة للعملاء؟ على سبيل المثال : هل هم سريعين في الرد على المكالمات أو البريد الإلكتروني.

هل يوجد أكثر من شخص الذي يمكن الرد أو أن الاتصال الأساسي بالوالدين مشغول أو بعيد؟

هل الشركة تعمل كفريق واحد؟

- بخصوص فحص الأمهات البديلات:

هل هم يقابلون الأمهات البديلات شخصياً؟

هل هم يقيمون بيئة منزلها أو أن الفحص محدود فقط على الهاتف أو مقابلة المكتب؟

هل هم يقومون بفحص المراجع؟

هل هم بطريقة روتينية يقومون بفحص الخلفية الجنائية؟

ما نوعية المعلومات التي يحصلون عليها من حالات حمل سابقة للأم البديلة المتقدمة لكي يحد من مخاطر أن ذلك سوف يكون به مجازفة حمل كبيرة.

بعض الآباء يختارون البحث عن أم بديلة معتمدين على أنفسهم. في هذه الحالة أنه من الأهمية القصوى أن كل الآباء والبدايل يحصلون على نصائح قانونية قبل إبرام أي من اتفاقات أو توقيع أية عقود. إن عقداً واضحاً يمكن أن يجنب كثير من الصراعات الكامنة أثناء العملية إن الآباء المعنيين ينبغي عليهم أيضاً أن يفتشوا في تاريخ الأم بالإجابة. ليتأكدوا أنه لا يوجد أي سبب للقلق. وعلاوة على ذلك فإن كثير من الولايات التي تسمح بتأجير الأرحام

التعويض يمنعون تأجير الأرحام التقليدي أو اتفاقات تأجير الأرحام التقليدية
محذر ضد الإكراه الملحوظ.

- مؤهلات مؤجرات الأرحام:

معظم وكالات تأجير الأرحام وعيادات الخصوبة تحتاج إلى أمهات
بديلات لتلبية المؤهلات التالية:

أن أكون في صحة عقلية وجسمية.

أن تكون حملت أو سلمت على الأقل طفل.

أن تكون أقل من ٤٣ سنة (بعض العيادات تقبل سيدات أكبر سناً في
ظروف معينة وأخرى لديها أمهات بالإقامة ذات سن أصغر).

تكون مستقرة في الوضع المعيشي.

أن لا تدخن ولا تدمن الكحول.

المتبرعون بالبويضة والحيوان المنوي:

بالإضافة إلى تحديد مكانة الأم البديلة فإن معظم الناس يعتبرون تأجير
الأرحام سيحتاج متبرعة بالبويضة / أو متبرعا بالحيوان المنوي.

- رأي الجمعية الأمريكية الطبية ٢٠١٨ الأمهات البديلات:

الأم البديلة هي الأم التي توافق على التلقيح الصناعي مقابل الدفع
على أن تعطي الطفل الناشئ لوالد الطفل، يسلب حقوق الوالديه منها غالباً، فإن
الزوجة العاقلة المرتبطة للأب تصبح الأم المتبينة عن الأم الوالدة للطفل هي من
كل الحالات جينياً مرتبطة بالطفل على الرغم من الحمل بتأجير الأرحام (الذي به
البويضة المقدمة بواسطة زوجة الأب العقيمة - أو أي متبرعة أخرى) ممكن بالمثل،
أن مشاكل أخلاقية واجتماعية وقانونية يمكن أن تنتج من إتفاقات تأجير الأرحام
إن أمومة الأم البديلة ربما تتاجر بالأطفال وبالقادرة الأنجابية للأمهات وتستغل
الأمهات الفقيرات صاحبة القرار في أن تشارك ربما يكون قرارها ليس كلية
تطوعي وتشيط غير صحيح أو تداخل مع المعلومات من سندات الأم الطبيعية
والجنين والطفل إن شعف نفس الأم الطبيعية ربما يحدث في السيدة التي تحمل بنية
ولادة الطفل التي سوف تتخلى عنه بالإضافة فإن السيدة ذات الحق الوالدية بدلاً

وعلى صعيد آخر فإن أمومة الأم بالتبني هي غالباً ما تكون الأمل الأخير للأباء المحتملين في أن يكون لديهم طفل الذي يكون على الأقل مرتبطاً جنسياً بأحدهما، بالإضافة إلى ذلك فإن معظم اتفاقات تأجير الأرحام تصدق من قبل الأطراف المشتركة على أنها متبادلة المنافع، ومعظمها يكتمل بدون حادث أو نزاع في ضوء المخاوف التي أعرب عنها أعلاه، ومع ذلك، فإن بعض الضمانات تكون ضرورية؛ لتحمي رفاهية الطفل وأم المولود، إن المجلس يعتقد أن عقود تأجير الأرحام حيث أنها متاحة ينبغي أن تهب الأم الوالدة الحق في أن تبطل العقد في غضون فترة معقولة من الزمن بعد ميلاد الطفل، لو أن العقد بطل فإن حضانة الطفل ينبغي أن تحدد وفقاً لمصالح الطفل.

في تأجير الأرحام بالإئابة والذي به فإن الأم بالإئابة ليس لديها روابط
جينية بالجنين فإن مبررات السماح للأم البديلة لإبطال العقد تصبح أقل وضوحاً
إن عقود تأجير الأرحام بالإئابة ينبغي أن تكون صادقة وقابلة للتنفيذ (ليس قابلة
للإبطال بأي من الطرفين).

والله اعلم من ذلك ثم تم بحمد الله

سلام لعلنا بعد صلواتك وحضورك
 والله بشيرة حقة يدرك نعمت سعي القليل
 الخليل لتفكر بعد سوان الى حقة شدة
 حيلة احد هذه التكاليف لهوره في حد
 عيني اصف انسان وضعت بقره والودع
 كما يركب العربة ليس يترج رس اوشار
 فريد انما الحصون على حلات خفية اعدت
 اموات البصرة ويحوي اعداء الفدية الغروب
 من الامم والصور كما يراه من الفاحش
 الذي صلبت منها سبي الخبي
 مع خذوه مودة شاعرا العزير البشير
 مضمون الجسمية من نكاح ادم
 والعصر والحق لم يتوصل اليه اعدا
 حتى انما والبروت في هذه الخلايا من ال
 اهلها اعدت كثير من التمراس لئلا يحمي
 في السد قبل ومما تعكر وكذا والقس
 للكلبي وعلا في الام ويحق حات عقدا
 السمع وتصفيق هذا الامل فركت قرو
 بنسوق القريب في الامن في جوار
 لكيس انه فاحص الحقه ومنه لعم
 حيا من جليل القدر والآخر والرائد الم

[illegible]

[illegible]

نصف عدد التكرار هو سويك أو الصبغيات في
الخلية الجنسية العادية ومعنى ذلك أن
الطفلة تحصل من مزيج من صبغات الأب
والأم بخمسة تحصل من كل واحد من صغائر الأم
وبالتحامل الحيواني الذي بالبيضه تتكون
الألفحة جماعة من صفات الأب وصفات
الأم. ولذلك يكون تقليد الحي سبحانه وتعالى
لهذه الألفحة أما فكا أو التي بتركيب ورأى
صبغي محدد

ونيس كلفنا في فهم خاطي، لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي يقول: إن الإنسان بجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً مطفة وأربعين يوماً علقة وأربعين يوماً مضغة ثم ينفخ فيه الروح .
وقد ذهب علماء الأجنة إلى أن هذه الأربعينيات لم يأت ذكرها إلا على سبيل التأكيد فالجنين يكون حياً في الأربعين يوماً الأولى بليل تحركه في بطن أمه بعد سبعة أو ثمانية أسابيع .
لذا فإن الاعتماد على الجنين بعد الأربعين يوماً الأولى اعتداء على نفس فإذا كان الاعتماد عليه مخافة الفقر فإن الخطر أكبر وأعظم لأنه يتعلق بفكر جاحلي كثير ما سخرنا منه عندما كنا نقرأ عنه فيما قبل الإسلام كما أن هذا السبب يتعلق بعقيدة المسلم الذي أن فعل هذا فهو لا يؤمن إن الواثق هو الله وأنه يفعل ما يشاء على أولئك الله .
ويضيف أن الاحتفاء بالمرأة الحقيقي هو وضعها في مكانتها التي يختارها لها الإسلام ويكرها بها وليس يمثل هذه السلوكيات التي لن تزيدها إلا تشوهاً .

يؤكد الدكتور طه حسين ان استاءه بجاسعة الأزهر أن الحديث في زمن
ظلمة لم يحقق الإنسان حاجة الراقية. ان حبسنا حديثاً متناقضاً شديداً
أن قتل الأمر مسدود الفكر وتقتصر به من شأنه أنه ضحية حريمان كان
من السجدة وتأتي له بفلق بلاد عيب لا بد أن به الأعباء القوي بأن الجرق هو
الله مسجدة وقسلي نصي تكلّمه وحديثه بل إنه تعامل مع هذه النقطة
بتفصيلاتها حيث جعل الناس أن الطفل لا يفتي إلى الأسرة فيفقدها إذا كانت
شدة أي شتمه ردتاً الذي تحضر عليه وإنما بقي معه ردة وكذلك علمنا أن
الطفل لا حاجة إلى أسرة فقيرة فلا يعنى ذلك أن يربها فقراً لأن ردة الإنسان
يختلف من إنسان إلى إنسان وقد يفتي الطفل يربي وغيره فليس شرطاً أن
يستقر لطفل من ردة الأسرة لأن الأمر يطلق بالتخلي الذي قال نحن
نفرقهم ويحكم وقال نحن نرتكزكم (إياهم).

ويعبر الدكتور طه حسين أن يجرم الغرب مجرد الاعتداء على
البيدمة المخصصة على يترك الأجنة ويعتبرها كأنها له قداسة ونحن معتبر
لحبر الذي تخلف في بعض أنه قبل المائة والعشرين يوماً ليس شيئاً يذكر

مدى ارتباط القاعدة القانونية في تطبيق الشريعة الإسلامية

وأثر ذلك في التعامل مع الرحم باعتباره من المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة

برز دور القانون وكان دوره لا يقل أهمية عن دور الشريعة الإسلامية التي جاءت لتحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل، والسبب في ذلك كونها لم تترك من أمور الدين والدنيا إلا وعالجته، ووضعت له من الحلول التي ترفع الحرج عن كل الناس، وذلك بالنص عليها صراحة، أو بالنص عليها من خلال القواعد العامة التي يندرج تحتها كل حكم يشترك مع حكم آخر مناظر له في علة وسبب واحد فكان مكملًا ومتممًا لها.

وظهر ذلك من خلال نص المادة الثانية عشرة من الدستور علي أن: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخي للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكي والآداب العامة وذلك في حدود القانون.

وكذلك برز دور العلوم الطبية، وكان دورها لا يقل أهمية عن دور الشريعة الإسلامية ويرجع السبب في ذلك إلى أن الله - عز شأنه - وضع الشرع لخدمة وتوجيه الطب، وذلك لجلب مصالح العباد ودرء المفاسد والأمراض والعلل عنهم.

فقد بات لازماً أن نتناول مدى ارتباط وتعانق الشريعة مع القانون والطب، ولما كان الغرض الأساسي من دراسة موضوع بحثنا هو تأصيله من الناحية القانونية والشرعية، لنوضح الأسس والمبادئ القانونية التي بنى عليها الحكم القانوني والشرعي بالتحريم أو إباحة التعامل مع أية نازلة مستحدثة حيث أن الآراء غالباً تكون متباينة ما بين المؤيد والمعارض، وهذا الموضوع قد يسوء فهمه علي كثير من المحتاجين للمادة أو للولد، وقد يبرر كل منهم وجهة نظره على حسب مصلحته أو أهوائه.

وبما أن الطب كالشرع وضع لجلب المصالح ودرء المفاسد عنهم، فليس المقصود بالمصلحة هنا كل ما يتمناه الإنسان في السعي وراء رغباته أو شهواته أو

حتى الانسياق وراء موضحة غريبه غير ملائمة لديتنا وتقاليدنا، أو نازلة يحقق من خلالها رغبه جامحة لا يوجد عنان أو زمام لها كالحصول على الولد الناتج من رحم مستاجر وتأكيذاً لقول الله تعالى : ﴿ وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا وأحسن كما أحسن الله إليك ولا تبغ الفساد في الأرض إن الله لا يحب المفسدين ﴾ وفي هذا المعنى يقول النبي ﷺ : (لن تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه، وعن علمه ماذا عمل به وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفق، وعن جسمه فيما أبلاه)^(١).

لذا فإن المقام يقتضى ضرورة تعاون الأطباء وفقهاء الشريعة مع فقهاء القانون ؛ للتعرف علي الحكم القانوني والشرعي في القضايا الطبية للنوازل المستحدثة، وهنا يظهر دور باحثين وفقهاء الشرع والطب والقانون، وتكامل كل منهم للآخر. وذلك لمحاولة تحليل هذه العملية من خلال نصوص القانون وقواعد الفقه الشرعي، لذا فإن المقام يقتضى أن نبحت فى مدى ارتباط القاعدة القانونية فى تطبيق الشريعة الإسلامية واثـر ذلك على المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة.

الأسس والأسانيد التي أرسنها الشريعة الإسلامية لمواجهة النوازل المستحدثة:

أدلة كتاب الله الحكيم على اهتمام الشريعة الإسلامية بالوقائع والنوازل الطبية:
مما لا شك فيه أن من مظاهر الأدلة الربانية التأمل فى ملكوت السموات والأرض أمر مطلوب دينيا بصيغة الأمر من الله - عز وجل -^(٢). ولذلك قامت الشريعة الإسلامية على مخاطبة العقل والفكر فى جميع النواحي والمجالات ، وهذا لخلق مجال للابتكار، الأمر الذي يشير إلى تركيز الشريعة الإسلامية وأهتمامها بإعمال العقل والفكر، وكذلك بالمستجدات الحديثة وإلى كل ما هو مبتكر وجديد للتحرر من الجهل والهوان ؛ ولينشئ مجتمعا متقدما ومبدعا^(٣). فالدين الإسلامي يقف من

(١) رواية الترمذي - سنن الترمذي - كتاب صفة القيامة - باب فى القيامة ج ٤ ص ٦١٢.
(٢) الجندي، حمد نصر، النسب فى الإسلام والأرحام البديلة، مصر: دار الكتب القانونية، ص ٢٠٠٣، ٢٣٦.

(٣) الدواليبي، محمد معروف، موقف الإسلام من العلم واثـر الرسالة الإسلامية فى الحضارة الإنسانية، بيروت: دار الكتاب، ١٩٧٩، ص ٣١.

العلم موقف التقدير، وسوف نورد جزء من آيات الله الحكيمة وهي جزء لا يحصى من آيات الله تعالى الكثيرة التي حث الله تعالى بها عباده على طلب العلم والسعي في سبيله ولقول الله تعالى الدال على اهتمام الشريعة بالوقائع والنوازل الطبية المستحدثة^(١).

لِيَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِكَ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَيُزَكِّيَهُمْ^(٢).
وقال تعالى لنبيه - عليه الصلاة والسلام - : اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي
خَلَقَ ❖ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ ❖ اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ ❖ الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ ❖ عَلَّمَ
الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ^(٣).
إِن وَالْقَلَمَ وَمَا يَسْطُرُونَ^(٤)

أدلة السنة النبوية الشريفة على اهتمام الشريعة الإسلامية بالوقائع والنوازل الطبية:
والدليل على حث رسول الله ص على طلب العلم والسعي في سبيله، قوله ﷺ: "من سلك طريقا يطلب فيه علما، سهل الله له به طريقا من طرق الجنة"، وأن الملائكة لتضع أجنحتها رضا لطالب العلم، وأن العالم يستغفر له من في السموات ومن في الأرض والحيتان في جوف الماء، وأن فضل العالم على العابد، كفضل القمر ليلة البدر على سائر الكواكب، وإن العلماء ورثة الأنبياء، وأن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما وإنما ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر^(٥).
وعن أنس بن مالك قال: قال رسول الله - ﷺ - : "أن مثل العلماء في الأرض كمثل النجوم يهتدى بها في ظلمات البر والبحر، فإذا انطمست النجوم أوشك أن تضل الهداة"^(٦).

(١) عبد الحليم، محمود. موقف الاسلام من الغن والعلم والفلسفة. جزء ٢، مصر: دار الجمهورية، ١٤٢٤هـ، ص ١٦٩.

(٢) البقرة: ١٢٩.

(٣) العلق الآية ١.

(٤) القلم الآية ١.

(٥) رواه أحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه والدرامي، وسماه الترمذي قيس بن كثير. رواه أبو داود في باب الحث على طلب العلم، ج ١٠، ص ٤٩، ح ٣١٥٧.

(٦) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح على شرطهما.

إن هذه الآيات الكريمة وهذه الأحاديث الشريفة خير برهان على أهمية العلم في الإسلام وتؤكد على التحام واتحاد العلم والدين الإسلامي وأنه لا تعارض بينهما^(١).

وقوله ﷺ "إن الحلال بين والحرام بين، وبينهما أمور متشابها لا يعلمهن كثير من الناس، فمن إتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ألا لكل ملك حمى ألا إن حمى الله محارمه، ألا إن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب"^(٢).

كما يقول الرسول الكريم - ﷺ - يقول: "تخيروا لنطفكم ولا تضعوها إلا في الأكفاء"^(٣)، وفي رواية أخرى "اختاروا لنطفكم الواضع الصالحة".

تفعيل القواعد الفقهية على الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة تميزت الشريعة الإسلامية بوضع القواعد الفقهية التي بنيت عليها الأحكام الصالحة لكل المستجدات والنوازل الطبية المستحدثة ومعالجتها لكل أمور الحياة، مما يضمن عليه طابع المرونة والصلاحية لجميع العصور والأزمان.

ولكن أحيانا تتشابك موضوعات الدين بالقضايا الطبية غير المؤلفة لدينا، وما يستجد منها من نوازل غير أن العقيدة الدينية تهدف إلى مقاومة الإنسان للفناء، بالتوحد مع الكل في الأبدية والخلود مسلحا بالقوى المقدسة أمام المجهول، مدعنا للمشيئة الإلهية ومسلماً بالغيب ومتربحاً بالحساب في الآخرة بعيداً عن معايير الدنيا ونظم ظواهرها الطبيعية والاجتماعية. ولا تعني عقائد الدين بتفسير الكون إلا بقدر ما تحدد للإنسان ما ينبغي أن يقوم به إزاء هذا الكون. وتعتمد نظرة الدين الكونية على تعيين مراتب الأشياء والأفعال فثمة ما هو مباح وما هو محرم.

وتتجلى لنا في هذه الحالة أهمية حكمة القرآن الكريم في اشتماله على أصول الشريعة وتوجيه عقول المجتهدين إلى استنباط فروعها وجزئياتها التي لا تنتهى عند حد معين، ولا يزال الزمان والمكان والأحوال المختلفة تأتينا كل يوم

(١) موقف الإسلام من العلم والفن والفلسفة، ص ١٢٦+١٢٧.

(٢) حديث صحيح رواه الشيخان.

(٣) سنن ابن ماجه، باب النكاح، حديث رقم ١٩٥٨

بقضايا ونوازل جديدة ومستحدثة تريد البت فيها وقضايا تتطلب حلاً، فلم يكن بد إذن من حفظ الأصول وتقريرها.

ويقول عز الدين بن عبد السلام: الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة والعافية، ولدرء مفسد المعاطب والأسقام" ويقول أيضاً: والذي وضع الشرع هو الذي وضع الطب، فإن كل واحد منها موضوع لجلب مصالح العباد ودرء مفسداتهم^(١). ويؤكد هذا قول الله تعالى: لِيُؤْتِيَا الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ^(٢).

وبالرجوع إلى القواعد والمبادئ العامة في الفقه الإسلامي عن طريق القياس

والاستنباط سوف يتم استخراج حكم لكل نازلة حديثة وذلك من خلال المبادئ الآتية:

- ١- الالتزام بتطبيق مبادئ النظم القانونية والأصول الشرعية..
- ٢- أن نراعي أحوال هذا المجتمع ومصلحته الشرعية.
- ٣- أن نتفادى العيوب الملحوظة حالياً في طريقة صنع أو تطبيق القاعدة القانونية، وذلك بأن نحرص على مدى مواءمة هذه القضايا المستحدثة مع قواعد ونصوص القانون، من خلال التحرر من قيود وجمود القانون يجعلها مرنة تتماشى مع مستحدثات العصر بخلق روح جديدة تتعامل مع كل ما هو جديد أو كل ما هو مستجد مع الحفاظ على عدم معارضتها للأصول الشرعية.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن علم الطب لم يعد يقتصر على العلاج عن طريق تناول الأدوية فحسب، بل أصبح أكثر تقدماً وحادثة، فظهرت المداواة بطريق تأجير الأرحام وتغيير الجنس وتحديد نوع الجنين ونقل الأعضاء..... وغير ذلك.

ومن هنا طرحت قضية تأجير الأرحام بشكل منتشر وبسرعة مشهودة، ويرجع السبب في ذلك إلى النتيجة المترتبة عليها، وهي مولد كائن حي جديد،

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام ٤/١، ٦ المرجع السابق.
(٢) سورة البقرة، الآية (٢٦٩).

فمن هنا كان من الضروري تفعيل القواعد الفقهية بتطبيقاتها على الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة، حتى لا تحيد عن منفعة الانسانية.

وقد بات ظاهرا لنا خلو النصوص الشرعية التي يمكن الرجوع إليها في هذا الموضوع، لذا فإن العمليات المتعلقة بالرحم المستأجر تدخل ضمن المسائل الاجتهادية التي لم تتناولها أدلة خاصة بها، لأنها مسائل ونوازل مستجدة، وهي وليدة التقدم العلمي والاكتشافات المعاصرة.

و للتعرف علي الحكم الشرعي لهذه الواقعة المستحدثة الغير معتادة استخلص الفقهاء القيم الخمس الضرورية، ورأوا أن المحافظة علي هذه القيم فيه ربط للدنيا بالآخرة، ولهذا الارتباط شأن في تقويم الأشياء والحكم عليها. وفي هذا الإطار تعددت وجهات النظر في الحكم علي هذه القضايا الطبية المعاصرة من الناحية الشرعية، والمهم هنا أنه يجب بحث تطبيقات القواعد الفقهية في مجال الاستدلال لهذه القضايا عند الفقهاء السابقين.

يعد نظام تعدد الزوجات من ضمن الأسس التي أرسنها الشريعة الإسلامية كحل أساسي ورئيسي، ويمكن الرجوع إليه لمواجهة واقعة مثل عملية الإنجاب بتأجير رحم الغير؛ فقد جعلته الشريعة الإسلامية من منطلق الصالح العام للمجتمع لذلك شرعت للرجل الزواج بعدة نساء بشرط تحديد العدد والعدل بينهم فليس من الصواب حظر أو منع الزوج بالتعدد في حالة عدم إمكانية حمل زوجته بسبب العقم، فالزواج بأخرى أو التعدد في بعض الأحوال يمثل تحقيق المصلحة.

لذلك نرى من خلال رؤيتنا عن الموضوع أن الشرائع التي لا تبيح نظام تعدد الزواج، وتقر بوحدة الزوجة ترتفع فيها نسب الفساد أكثر من التي تبيحه، مما يؤدي إلى انتشار الرذائل، ناهيك عن مساوئ المخادنة والمعاشرة بدون زواج لا تزال تعرض الحياة الزوجية للخطر^(١).

(١) هناك خطبة أحد رجال الحكومة الفرنسية ذكر فيها أن عدد الأولاد اللقطاء المجموعين في الملاجئ بلغ حدا عظيما أزهق ميزانية الملاجئ وما ذلك إلا نتيجة عدم التعدد، ولا تزال مشاكل عدم التعدد تعصف ببعض المجتمعات وتتطلب حلا عاجلة تحقق المصلحة ولاسيما المقارنات والمقابلات ص ٢٣٦ - ٢٣٩. الاسرة والمجتمع ص ٦٦ - ٧٢. دائرة معارف وجدي جزء ٤ ص ٦٩١ - ٦٩٣

وأردنا من هذا العرض السابق وضع ناقوس الخطر أمام اعيوننا بالإضافة إلى وضع حد من الأنشطة الخبيثة التي تغزوا عالمنا، وليس هذا فقط ولكن خوفاً من أن تتسرب إلينا من خلال أية بقعة لا تريد خيراً لعالمنا الإسلامي. وانطلاقاً من ذلك يتضح أنه لن يكون هناك حل إلا إذا طبقنا مبادئ الشريعة الإسلامية مع مراعاة المصلحة العامة وظروف المجتمع وإيجاد توازن بين الرجال والنساء إحصائياً.

من اللازم وضع ضوابط شرعية تمنع تسرب الفساد، وذلك بتعدد الزوجات لرجل واحد وهذه شرعة الحكيم العليم. وفي هذا الشأن وتماشياً مع وجهة نظر الشاطبي في ذلك علي استفتاء الوجدان بل شرط أن يخرج الإنسان عن داعية هواه، حتى يسير طبقاً لما يمليه عليه العقل والشرع فكان علي الوجدانيات الفردية أن تخضع لهذه الضروريات الكلية وإذا تزاومت وتنافست، فالأصل أن يبذل كل امرئ جهده للتوفيق بينها لإعطاء كل ذي حق حقه، فإن بلغ التزاحم مبلغ التعارض كان من الواجب أن نضع لكل واجب رتبته تقدماً أو تأخيراً زيادة أو نقصاً ليبدأ العامل بالأهم قبل المهم، وبالمهم قبل غير المهم فيجعل الضروري قبل الحاجي والحاجي قبل التحسيني أو التكميلي ويضحي بالأدنى في سبيل المحافظة علي الأعلى.

ويجدر الإشارة هنا في أنه قد يعتقد البعض أن هذه العملية قد تجلب مصلحة أو منفعة لصاحبة، وهي إنجاب الولد الذي يتمناه، لكن الشارع لم يعتد بهذا من المصالح بل نص علي إلغائها وهذا تماشياً مع قول الله تعالى: "يهب من يشاء أناثاً" لذلك يجب أن تواجه الشريعة الإسلامية تلك النازلة المستحدثة بالطرق العقلانية. ويفضل أن تكون هذه الطرق مقترنة بالوازع الديني، كذلك العمل علي وضع حد للأنشطة الخبيثة التي تترتب علي انتشار مثل هذه المستجدات وأن يتم حظر ممارستها في المستشفيات التي تتم من خلالها هذه العمليات.

كما ينبغي علي أهل التخصص من فقهاء الشرع والطب من واقع وظائفهم ومناصبهم أن يستغل طبيعة عملهم وتعاملهم مع الناس لتوعيتهم وتحذيرهم بشأن هذه المستجدات والقضايا، أما إذا وجدوا أن مثل هذه القضايا كعملية تأجير الأرحام يمكن أن تحصل في المجتمع الإسلامي بظروف معينة حيث

لا يترتب على حدوثها عواقب وخيمة أو آثار سلبية معتمداً بذلك على أدلة شرعية، فلا بأس في أن يشارك في تطبيق مثل هذه القضايا.

ولكن كما سبق وأن ذكرنا سابقاً هذا كله يجب أن يكون بعد دراسة شاملة وناقدة وبعد تفكير وتأمل جدي وكبير في هذه القضايا، لأن مثل هذه القضايا بمكانها أن تؤثر بشكل كبير جداً على المجتمع المسلم وعلى أفراد الذين هم نواة هذا المجتمع، ومن هنا تأتي ضرورة تدخل فقهاء الشريعة، وعلماء الطب لرسم الحدود التي لا يجوز للطب تجاوزها^(١).

بعد انتشار عمليات استئجار الأرحام في العالم الإسلامي، أصبح فقهاء الدين والقانون وأيضاً والطب مطالبين بالمثل أمام هذه المستجدات والقضايا سواء في العالم الإسلامي أوفى العالم الغربي كل على حد سواء فعلى كل مجتهد وعالم في تخصصه أن يرجع إلى مبادئ الشريعة باحثاً في أصول الدين متسلحاً بالأدلة الشرعية في استخلاص الأحكام بداية كي يقوم بدراسة هذه القضية بشكل جاد، ولا ننكر على أنفسنا أن للتخصص دوراً كبيراً على أن يكون تعاون الأطباء والفقهاء للتعرف على الحكم الشرعي في القضايا الفقهية الطبية الحديثة أمراً ضرورياً؛ لأنه تعاون مشترك يؤدي إلى نظر فقهي صحيح.

وبناء على ذلك فإن العلوم الطبية في حاجة ضرورية إلى العلوم الفقهية، كما أن الفقهاء في حاجة إلى علم الأطباء عندما يقررون حكماً من الأحكام التي لها صلة بالجوانب الصحية، لأن الفقهاء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالأحكام الشرعية، والأطباء هم أهل الذكر فيما يتعلق بالشئون الطبية، قال تعالى: **فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**^(٢).

لذا فإن المقام يقتضي على كل مجتهد أن يقوم باجتهد شخصي يبحث القضية من ناحية طبية مستعينا بأراء الفقهاء السابقين بالقياس في السائل الشبيهه ويقف على الآثار المختلفة سواء أكانت (الاجتماعية، أخلاقية، نفسية) المترتبة

(١) حقوق المريض في الإسلام: للشيخ إبراهيم عطا القيومي (الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية)، مقال في مجلة الأزهر، ص ٣٩٨، ربيع الأول ١٤٢٦هـ - أبريل ٢٠٠٥م.

(٢) سورة النحل، جزء الآية (٤٣)، وسورة الانبياء، جزء الآية (٧).

على هذه المستجدة، وبعد دراسة القضية بشكل شامل، على كل متخصص أن يدقق النظر في الموقف المناسب تجاه هذه القضية شريطة أن لا يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية.

وَالَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَا يَخْلُقُونَ شَيْئاً وَهُمْ يُخْلَقُونَ^(١) أَفَمَنْ يَخْلُقُ كَمَنْ لَا يَخْلُقُ أَفَلَا تَذَكَّرُونَ^(٢) لَخَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ^(٣)

فإذا رأى أن عملية استئجار الأرحام مثلاً تتناقض مع أخلاقيات الشرع والقانون، فينبغي عليه أن يتمثل في الجزاء القانوني والجزاء الديني، كما لا يخلو من الجزاء الاجتماعي؛ لأن عدم احترام القواعد الأخلاقية فيه فساد لحالة المجتمع وفيه فوت حياة وهذه هي القيم الأساسية التي تمثل المصلحة المرسلّة. لذا فإن المقام يقتضى أن نعرض موقف الفقه القانوني للتعامل مع الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة وذلك من خلال المبحث الثانى من هذا الفصل.

موقف الفقه القانوني للتعامل مع الوقائع والنوازل الطبية المستحدثة:

إن الهدف الأساسى من القانون الوضعي هو حماية المجتمع، ويترتب على ذلك مراعاة أن يكون تفسير قواعد هذا القانون مهمة عملية ضرورية وتقتضى كشأن غيرها دراسة واعية وعلمية حتى يتماشى مع مستحدثات العصر ومتابعة النوازل المستحدثة. ويجب أن يعتمد القانون الوضعي سواء في تكوينه أو في تطبيقه بقدر الأمكان على المعطيات العلمية. تتجلى أهمية هذا المبحث فى توضيح أهم المشكلات الشرعية والقانونية التي تثيرها النوازل الطبية المستحدثة ومحاولة إيجاد الحلول والمعالجات لها، دون أن نغفل التطرق إلى القواعد الخلقية وموقفهم منها كضرورة لا بد منها لأية دراسة قانونية من هذا القبيل. ولا جدال فى أن تحقيق التوازن القانوني بين المصالح المترتبة على هذه المستحدثات يأتى بناء على الانعكاسات القانونية لدى المجتمع؛ لأن القانون مرآة المجتمع وهذا ما يفسر

(١) النحل ٢٠

(٢) النحل ١٧

(٣) النحل ٤

اختلاف التنظيم القانوني في مجتمع الغربى عن نظيره فى المجتمع العربى الإسلامى حسب ما يسود فيه من عوامل مؤثرة.

وتتجلى لنا أهمية دور القانون المصرى فى الحفاظ على البنيان الطبيعى للأسرة. وكذلك التنظيم الاجتماعى للعلاقة الجنسية التى تعد الوسيلة الوحيدة للزواج الذى يعتبر النواة الأولى لتكوين الأسرة وما يتمثل فيها من قيم أخلاقية. وهذا لضمان إسباغ الحماية المطلوبة لتنمية المجتمع. وهذا لن يتحقق إلا بتطبيق نصوص الدستور الخاص باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للقانون المصرى نقلنا فى صدر هذه الدراسة نصوص المواد ٢، ٩، ١٢ من الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ وهى ينص الدستور المصرى فى مادته الثانية على أن: "الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع".

وتنص المادة التاسعة من الدستور نفسه على أن: "الأسرة أساس المجتمع قوامها الدين والأخلاق والوطنية".

وتنص على المادة الثانية عشرة من الدستور على أن: "يلتزم المجتمع برعاية الأخلاق وحمايتها والتمكين للتقاليد المصرية الأصيلة وعليه مراعاة المستوى الرفيع للتربية الدينية والقيم الخلقية والوطنية والتراث التاريخى للشعب والحقائق العلمية والسلوك الاشتراكى والآداب العامة وذلك فى حدود القانون. وفى ضوء تطبيق النصوص القانونية بشأن علاج المستحدثات الناتجة من جراء بعض الانعكاسات الطبية الحديثة المتعلقة بالأسرة. وعلى سبيل المثال جريمة إنجاب طفل بوسيلة تأجير الأرحام.

وسوف نهتم فى هذا البحث بالأرحام المستأجرة من حيث كونها متعلقة بالنظام الأسرى بوجه خاص، وبالمجتمع على وجه العموم، مما تعد أساساً مباشراً، ومن حيث هى انتهاك مباشر للقيم الخلقية الحاكمة فى مجال الحياة الجنسية. وخاصة بعد أن وجدنا تقاعس المشرع عن إسباغ المشروعية الوضعية على الأحكام القانونية الخاصة بجريمة تأجير الأرحام موضوع البحث

كما يؤخذ على المشرع المصرى تقاعسه فى حماية العلاقات الجنسية من أى ممارسة غير مشروعة حيث أن حمايته اقتصر على منع الممارسات غير

المشروعة التي تتم ضد أرادة المجني عليه دون أرادته^(١). ومن ثم فإن ينحصر نطاق التجريم في ظل القانون المصري في الأفعال التي تعد اعتداء علي الحرية الجنسية وهي الأفعال التي ترتكب دون رضا صحيح قانونا من المجني عليه أو التي تعد اعتداء علي تنظيم اجتماعي أو علي الحقوق التي يرتبها هذا التنظيم لأطراف العلاقات التي تحكمها قواعده القانونية^(٢).

وعلي أي حال فإن النوازل الطبية المستحدثة تحتاج إلى نصوص قانونية مرنة وفي نفس الوقت تكون رادعه تتلاءم وتتماشى مع التقدم العلمي، وخير مثال القضايا المتعلقة بالرحم المستأجروالتي تدخل ضمن المسائل الاجتهادية التي لم تتناولها أدلة خاصة بها ؛ لأنها مسائل ونوازل مستحدثة ، وهي وليدة التقدم العلمي ووالاكتشافات المعاصرة.

وذلك يتم من خلال خلق القاعدة القانونية التي تضعها السلطة المختصة المكونة من رجال القانون والشرع والطب معا شريطة أن يتم تكوين هذه اللجنة بالانتخاب من قبل الشعب في صورة مكتوبة محددة.

لا شك في أن اتباع القواعد القانونية والشرعية موقف مثالي موحد فهو يحافظ على توازن الإنسان وحياته، ولا بد أن يؤدي ترجيح قيمة علي أخرى في الإنسان إلى أن يستعيد توازن حياته، عن طريق ما يفعم به الدين وقبول وارتضاء مشيئة الله وما يرتقبه من مثوبة وجزاء، تعويضاً عما افتقده أو عاناه في حرمانه من نعمة الإنجاب، وذلك من خلال ارتباط أحكام القاعدة القانونية بأحكام الفقه الإسلامي والفقه المقارن.

ولما كانت النوازل الطبية الحديثة تتيح إمكانيات واسعة في توجيه الإنجاب، بل والتلاعب فيه بانتهاك القانون البيولوجي، وكذلك بإدخال طرف أجنبي في عملية الإخصاب المساعد بشكل لم يكن معهودا من قبل وبما يبدو متعارضا أحيانا مع بعض الثوابت والقواعد الجوهرية في الأخلاق والشرعية والقانون.

(١) محمد ذكي أبو عامر، المصدر السابق، ص ٧٢ - ٧٣.

(٢) محمود نجيب حسني، ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء علي الأشخاص، ، القاهرة ١٩٧٨ رقم ٣٣٤ ص ٣٣٠.

وهناك سؤال يطرح نفسه لتحقيق ذلك.

فبناءً على ذلك هل يمكن فصل القانون على الدين المتمثل في الشريعة في شأن النظر أو التعامل على هذه المستجدات باعتبار ما حققته من نتائج - هذا ما طبقه المجتمع الغربي؟ وهل علينا تطبيقه أسوة به؟

بداية موضوع القانون هو تصرفات الإنسان وأفعاله الخارجية ، كالجوء المرأة تأجير رحمها مقابل المال أو استعانة الأزواج إلى الإنجاب بوسيلة تأجير الأرحام عند إصابتهم بالعقم أما الدور التوجيهي للشرائع الدينية فهو يقتصر على مقاصد الإنسان ونواياه الداخلية التي لا تخرج إلى حيز الوجود الخارجي في صورة تصرفات وأفعال مادية ظاهرة.

ومع الأسف قامت فلسفة القانون الحديث على أساس انفصال القاعدة القانونية عن الشريعة الإسلامية وظل القانون المصري يعمل بهذا المبدأ مدة من الزمن. فنحن الآن في حاجة ماسة وضرورية إلى وقفة نستعرض فيها نتائج ذلك وحصيلته إزاء هذا الكم الهائل من المستجدات والوقائع والنوازل المستحدثة. لذلك كان من اللازم وضع التصوص القانونية بالاستعانة إلى القواعد الشريعة المبنية على المقاصد والأهداف العامة للشريعة من خلال الكتاب والسنة واجتهادات في القضايا الفرعية والرجوع إلى القواعد الفقهية عند دراسة المستجدات الطبية الحديثة يمثل ضرورة اجتهادية، وخصوصاً في النوازل التي لا يحكمها نص صريح، فالقواعد تعتبر دليلاً شرعياً يمكن استنباط الأحكام منها بشرط سلامتها من المعارض. ومعنى ذلك أننا سنلغى انفصال القانون عن الدين كما حدث من قبل.

لذا لا ينبغي علينا أن نميز أو نفصل بين القانون والشريعة الإسلامية على أساس موضوع كل منهما ؛ لأن القانون مكمل للشريعة مع الاحتفاظ بدور كل منهما فالشريعة قانون طبيعي.

أما القانون فهو وضعي مع الاحتفاظ في مرجعيته للشريعة عند عدم إمكانية الوصول إلى نص قانوني أما بالنسبة إلى موضوع كل منهما فالشريعة الإسلامية هي المصدر الأصلي الذي قدم للإنسانية ما تحتاجه من قواعد قانونية على مر الأزمنة.

وإذا كانت الشريعة قد فقدت جزء من أهميتها في هذا الصدد في العصر الحديث، إلا أنها ما زالت المصدر الرسمي الاساسي للقانون في بعض الدول، كالمملكة العربية السعودية. بالإضافة إلى مساعدتها في استخراج أحكام القضايا المعاصرة^(١).

وتتجلى أهمية دور الشريعة في شمولها إلى جانب ما تقدم بالإضافة إلى صلاحيتها لكل زمان ومكان. فإن الشريعة تتسع أحكامها لغير المسلمين من المواطنين والأجانب. لا تظلم أولئك ولا هؤلاء. بل تشملهم بالعدل والرعاية وتحفظ حقوقهم. ويرجع السبب في ذلك أن أحكامها تقوم علي أسس منطقية عملية حضارية وأهدافها وأغراضها سامية ووسائلها عادلة إنسانية راقية.

وكذلك من مظاهر ارتباط القاعدة القانونية بالشريعة الإسلامية في إبراز الجانب الأخلاقي لمواجهة النوازل الطيبة المستجدة وضع جزاء يتمثل في الجزاء القانوني والجزاء الديني، لأن عدم احترام القواعد الأخلاقية فيه فساد لحالة المجتمع ويجب على الأفراد الالتزام بالقواعد القانونية التي يتعين على الأشخاص الأمثال لها. حتى ولو تعارضت مع أهوائهم ونزواتهم. ومن هنا يمكن القول بأن الدراسة العلمية الموضوعية للمستجدات المستحدثة وعلي سبيل المثال الدراسة الموضوعية لعلمية تأجير الأرحام غريبة في مظهرها؛ لأن المماثلة بينها وبين طرق

(١) يستعمل أحيانا لفظ الحديث مكان المعاصر. وفي معجم لغة الفقهاء ص ٢٨٣ م: المعاصرة: مأخوذة من العصر، وهو الزمن المنسوب لشخص: كعصر النبي ﷺ، أو المنسوب لدولة كعصر الأمويين، أو المنسوب لتطورات طبيعة أو اجتماعية كعصر الذرة أو عصر الكمبيوتر.

والمراد بالقضايا المعاصرة: المسائل التي جددت في مجالات مختلفة في عصرنا، والتي يبحث العلماء حكمها الشرعي من المصادر الفقهية في ضوء علوم العصر ومعارفه، وقد ظهرت في هذا العصر كثير من المسائل الفقهية في جوانب مختلفة من حياة الناس، منها ما يتعلق بالجانب العبادي كقضايا الزكاة المعاصرة ومنها ما يتعلق بتعامل الناس المالي: كقضايا البنوك، والشركات الحديثة، والتأمين، ومنها ما يتعلق بالقضايا الطبية، كموضوع البحث، أو نقل الأعضاء البشرية، أو التلقيح الصناعي، أو اختيار جنس الجنين..

وهذه القضايا يبحثها كل عالم في مجال تخصصه في العلوم. ثم يقوم من عنده الملكة الفقهية باستنباط حكمها الفقهي - من خلال نصوص الشريعة - مراعيًا في ذلك علوم العصر ومعارفه، فهو إذن تعاون مشترك يؤدي إلى نظر فقهي صحيح.

الإنجاب الأخرى تبدو خاطئة فكلمة العلم لا تتناسب إلا مع الطبيعة المادية وحدها. أي لا بد من دراسة هذه الظاهرة دراسة واقعية وعملية وبعدها الحكم عليها شرعا وقانونا.

بهذا وضعت القواعد الأخلاقية أساس العلاقة بين القانون والتشريع، فحيث تنتهي مواد القانون فليس أمامنا إلا أن يتجه الناس إلى الأخلاق، وبعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية تبين أن قواعد القانون هي نفسها قواعد الشريعة ولا فرق بين سلوك الفرد وهو خاضع لقواعد قانونية أو قواعد الشريعة الإسلامية؛ لأن الغرض والقصد من وضع الشريعة هو تنظيم الحياة الاجتماعية. ومما لا شك فيه يعد إرتباط القاعدة القانونية بالشريعة الإسلامية، من شأنه أن يمكن لهذه القاعدة في نفوس المكلفين الالتزام بها وأن يعزز من مكانتها في قلوبهم وأن يقلل من التعدي علي مخالفتها والتحايل عليها.

وانطلاقا مما سبق تبين أنه لا يمكن فصل القانون عن الدين أسوة بالمجتمع الغربى عند التعامل على المستجدات، بصرف النظر على ما تحققه هذه المستجدات من نجاح؛ لأن العبرة ليست بالنجاح لأن هناك نجاح دنيوى وأخروى، والمهم أن كل مجتمع يختار ما يناسبه سواء من المجتمع الغربى أو المجتمع الإسلامى، إذ أن العبرة بمعيار أو تفسير معنى النجاح، وسوف نلقى ببصيص من الضوء على تأثير كل من القاعدة القانونية والفقه الغربى وكذلك الإسلامى.

تستمد المجتمعات العلمانية قوانينها من المجتمع والعرف الاجتماعى، بينما فى المجتمعات التى تدين بالديانات السماوية تستمد قانونها من أوامر شريعة - الله جل شأنه - .. بعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية تبين لنا حجم العلاقة بين القواعد القانونية والشرعية فى تحقيقهما لمجال الضبط الاجتماعى، وانطلاقا مما سبق نرى من جانبنا أن القاعدة القانونية المتجردة عن النوايا والمقاصد للدول العلمانية لا يوجد أرتباط بينها وبين الدين بصرف النظر عن الشريعة التى يعتنقها أفراد المجتمع المتمثل فيه سلوك الإنسان فى علاقته بالخالق.

وهذا على عكس كل ما تقتضيه الدول التى تطبق الشريعة الإسلامية لكيفية التعامل مع الوقائع والمستجدات المستحدثة لإقامة النظام الاجتماعى، حيث تتباين أوجه الاختلاف من مجتمع إلى آخر وعلى سبيل المثال فالنظام

القانونى فى مجتموع معين قد يخالف النظام القانونى فى مجتموع آخر. ولذلك نرى مثلاً أن النظام العام فى المجتمعات الغربية يفرض مبدأ وحدة الزوجة بحيث لا يكون الزواج بأكثر من واحدة، بينما النظام العام فى المجتمعات الإسلامية لا يطبق ذلك.

بل يسمح بنظام تعدد الزوجات بشرط إلا يتجاوز العدد عن أربع. وهذا المبدأ يطبقه القانون ومرجعيته هى الشريعة الإسلامية. نرى من جانبنا أن عملية تأجير الأرحام المعمول والمسموح بها فى الغرب تعتبر أثر من أثار مبدأ وحدة الزوجة؛ حيث يلجأ الزوج المتزوج من امرأة عقيمة باللجوء إليها باعتبار عدم إمكانية زواجه بأخرى.

فقد استبان لنا التناقض العجيب عند اطلاعنا على دساتير ونصوص إعلان حقوق الإنسان فى الدول الغربية، لا نشاهد من أبعاد الحرية ومعالمها إلا نصوصاً تبدو بعيدة كل البعد عن العدالة. وذلك حينما ننظر إليها نظرة سطحية^(١).

هذه هى الحرية التى ينادى بها الغرب، وهذا هو نتائجها ابتكارات مستحدثة من أرحام مستاجرة، نرى أن الاهتمام فى الحديث عنها يعطيها وضع أكبر من قيمتها. ولكننا وللأسف أمام ظاهرة لا بد من التدخل فيها للحد منها ولضمان عدم انتشارها.

نجد أن رجال القانون فى الدول الإسلامية يعملون جاهدين على أن يحفل المجتمع إلى أبعد حد من حماية القيم الخلقية التى يجب أن تسود المجتمع الإسلامى والتى يجب أن يلتزم بها الأشخاص.

هذا على عكس القائلين من القانونيين الغربيين بضرورة توسيع نطاق الحماية القانونية لتشمل السلوك المنافى للقيم الخلقية، يعبرون عن هذه القيم بأنها "القدر المتعارف على قبوله من القيم الخلقية فى المجتمع" وانطلاقاً مما سبق يتبين لنا أوجه الخلاف بين المجتمع الغربى والإسلامى.

(١) ص ٥، ٦، ٧ من كتاب جرائم النشر للأستاذ محمد عبد الله محمد. كتاب السياسة الجنائية فى الشريعة الإسلامية

فى المجتمع الغربى نجد القانونيين الغربيين اقتصرت الحماية على ما يرى المجتمع حمايته من القيم الأخلاقية. وحين تتغير النظرة الاجتماعية إلى قيمة معينة فإنها تخرج من نطاق القيم المحدد لها الحماية القانونية.

وخير مثال فى الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا وإنجلترا، وهذا يرجع إلى صدور قوانين تسبغ الأباحة على افعال كانت محلا للتجريم، وكان تجريمها يجد سنداً له فى تنافىها مع تعاليم الأخلاق فلما انتصر سياساً - مذهب القائلين بأن الدائرة التى يجب أن يحميها القانون بالتجريم والعقاب يمكن - بل يجب - إلا تتطابق والدائرة التى تظلمها الأخلاق بمظلة الاستهجان فقد تجريم تلك الأفعال سنده وانتهى الأمر بها إلى الأباحة^(١).

ويرى أصحاب هذا الرأى بضرورة الفصل بين القانون والأخلاق - فيما يتصل بالحماية التى يسبغها القانون على القيم الخلقية وعلى العكس واجه هذا الرأى الاعتراض لكثير من الفقه وكذلك نحن لا نؤيد أصحاب الاتجاه السابق، لأن القانون يجب أن يتضمن القدر الكافى من الحماية المتعارف عليها اجتماعياً من القيم الخلقية، وذلك بتجريم السلوك المناهض لهذه القيم وفرض العقاب على من يتعدى على هذه القيم^(٢).

(١) انظر فى تفصيل ذلك:

Martin Golding, Philosophy of Law, New Jersey, 1957, Friedman, Law in Changing Society, London 1972, Hart, Law Liberty and Morality, London, 1969.

محمد سليم العوا - فى أصول النظام الجنائى الإسلامى، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٨٣ ص ٥١ وما بعدها، والمراجع المشار إليها فيه. وأهم الأفعال التى اباحتها التشريعات المتعاقبة سنة ١٩٦١ هي: الإجهاض والبغاء والشذوذ الجنسى بين الذكور إذا كان الطرفين بالغين راضيين، وارتكاب الفعل فى غير علانية ونشر المواد الاعلامية الفاضحة التى لا تتضمن تحريضاً صريحاً على الفجور.

(٢) من أقوى مؤيدى هذا الرأى تعبيراً عنه وعرضاً له:

Lord Devlin, The Enforcement of Morals, London, 1965 Basil Mitchell, Law, Morality and Religion, London 1970, Abrahams, Morality and the Law London 1971.

وقد تردد القضاء البريطانى (مجلس اللوردات) فى موقفه من حماية القيم الخلقية بتجريم صور السلوك المناهضة لها، فبعد أن اتخذ موقفاً واضحاً فى أن ذلك هو الرأى الذى يؤيده فى قضية SHAW V.D.P.P عاد فعدل عن هذا الموقف حين رفض القول بأن من سلطته من نطاق القانون الجنائى ليشمل بحمايته القيم الخلقية، وذلك فى قضية:

Kneller V.D.P.P (١٩٧٣)

أما بالنسبة إلى رجال القانون في الدول الإسلامية فإنهم يضعون من خلال القواعد الشرعية ضوابط شرعية تتضمن مجموعة من القيم تمثل النظام الخلقي، ويفرض الحماية القانونية علي هذا النظام كله ؛ ليحث المجتمع دائما علي احترامه ، بفرض العقاب علي من يتعدى قواعد الحماية القانونية المسموح بها. هناك صراع دائم بين دول الغرب وبين الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية من وجهة نظر القانون والأخلاق بشأن التيارات التي تأتي إلينا محملة بكل ما هو جديد ومزین، بما لا يتناسب مع مجتمعا والمثال العملي المستحدثات والنوازل الطبية الحديث التي تسربت وتوغلت إلى عالمنا العربي وخاصة بعد انتشار المواد الاعلامية إلى كل مكان على سطح الأرض.

ويرجع السبب في تسرب تلك المستجدات بصالحها وطالحها دون تنقيتها إلى بلادنا العربية والإسلامية دخول الاستعمار الثقافي والفكري والتشريعي. إلى عالمنا العربي أن هذا الاستعمار أخطر من الاستعمار السياسي ؛ لأن الأخير منظور ومحسوس هدفه ومقره سطر البلاد، أما الاستعمار الثقافي فغالبا ما يدخل بيننا متسربا دون أن نشعر، بالإضافة إلى أن هدفه ومقره سطر العقول، ولقد عاش هذا النوع من الاستعمار في داخلنا ومازلنا نقيس الأمور أو الكثير منها بمقياس الدول الأوروبية والأمريكية، كلما كانت الفكرة من هناك فإننا نقف عندها، وكلما كان الحل التشريعي من هناك، فإننا نميل إلى تقديره واحترامه. حتى وصل الأمر إلى بيع الاجساد والاعضاء والاطفال عند الحاجة إلى المال.

نحن لسنا ضد كل ما هو جديد، ولقد ذكرنا في السابق أن تلك المستجدات الحديثة بها الصالح والطالح ولكن ينبغي علينا أن نتخذ مقياسا أو معيارا لتطبيق ما يناسبنا أو يصلح لنا وما لا يصلح، وخير معيار نسلكه ونتبعه هو مبادئ الشريعة الإسلامية ؛ وذلك لأنها جامعة وشاملة كل الأحكام سواء الموجودة أو المستجدة حتى تقوم الساعة، كما أن أنظمة الإسلام تتوافر بذاتها علي أسباب الصلاحية ومقومات الجدوى والملاءمة أن شريعة الإسلام لا تقاس علي غيرها، بل غيرها يقاس عليها ؛ فهي نظام مستقل قائم بذاته متكامل شامل.

وعلىنا ألا نتخذ الأنظمة الأوروبية والأمريكية الحديثة أو المعاصرة مقياسا نقيس عليه أنظمة الشريعة الإسلامية.. هذه الأنظمة الحديثة المذكورة

ليست حتماً صالحة.. أن صلاحيتها وجدواها محل نظر أو هي محل شك هناك وكثيراً ما تختلف هناك النظريات اختلافاً جزرياً - ومن الأولى فإن صلاحيتها وجدواها وملاءمتها لنا هي محل شك عندنا.

تقييم الباحثة :

ينبغي على المشرع الإسراع في وضع نص تشريعي يتصف بوحدة المنهج قادر على مواجهة النوازل الطبية المستحدثة حتى لا يتفشى الانحلال في المجتمع ونصبح مثل الدول التي تدعى حرية الفكر، وما هي إلا حرية انحلال ليس على الصعيد العربي الإسلامي بل وعلى الصعيد العالمي، ولن يتحقق هذا إلا إذا اتبع الحل الشامل المتكامل وهو الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وتوعية الناس بدينهم، وذلك من خلال وسائل الاعلام والثقافة القانونية والتكامل الاجتماعي والتمتع بمناخ الحرية في ظل تطبيق الأنظمة الإسلامية في التشريع والقضاء.

وكذلك نوصي المشرع أن يجتهد في وضع مشكلات التشريع ومشكلات القضاء ومشكلات المجتمع كله، في قالب واحد لارتباط وتكامل كل منهم بالآخر وخاصة في ظل الغياب النصوص القانونية في بعض المستجدات التي تطر علينا من الغرب ولا نعرف من أين أتت، فالفصل سوف يرمى بنا إلى الوراء.

ينبغي على الفقهاء الشريعة الإسلامية وضع الأصول والضوابط للحكم على كل ما يأتي به العلم من اكتشافات مستحدثة وإضافة نازلة عملية تأجير الأرحام، باعتبارها من النوازل الطبية المستحدثة في باب الحلال والحرام، فيقرون الحلال وينكرون على الحرام تواجد، حتى يكون المسلمون على بصيرة مما يحاك بهم ويضمّر لهم دينهم^(١).

نحن لا نرى وجهة ولا مبرر في أن نتخذ موقفاً سلبياً أو أن نتوقع في أماكننا خوفاً علي مبادئنا وعقائدينا أو هويتنا إلا إذا كنا مسلوبي الإرادة ومستسلمين للوقائع والنوازل التي تسقط على رؤسنا من الغرب وكأنها سيول لا

(١) أحمد نصر الجندي: النسب في الاسلام والأرحام البديلة، القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٣ ص ٢٣٦ - مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٦، نادي القضاة

ترى شيئا امامها ؛ لذا فإن المقام يقتضى بنا أن نشأرك فى الحضارة العالمية ؛ لخلق لغة حوار وذلك للمناقشة وليس للمنافسة.

يجب ألا تتأثر نصوص القانون من الفقه الغربى. ولذا يجب تجنب وقوع القانون أو تطبيقه تحت تأثير بعض الأفكار ذات الطبيعة الغربية مثل الإرادة الحرة وعدم الأخذ فى الاعتبار بالأخلاق، فمن الضروري أن تكون العدالة مطابقة للشعور الاجتماعى الذى يعطى اهتماماً كبيراً بالمسؤولية الأدبية للفرد وللمجتمع. ويؤخذ على المشرع المصرى فى وضع نصوص قانونية بشأن جميع التصرفات التى يرد التعامل فيها على جسد الإنسان، ونخص هنا بالذكر قضية تأجير الأرحام موضوع بحثنا ماذا ينتظر وما هو الصعب فى اتخاذ هذا الأجراء على وجه السرعة فى جلسة مستعجلة مثلاً كما كان يصدر قانون الطوارئ من قبل وذلك خوفاً من أن يصبح إيجار الأرحام من حالة فردية إلى ظاهرة اجتماعية تنفشى بين أفراد المجتمع وخاصة أن الذى يلجأ إلى هذه العملية أصحاب الطبيقتين المتألف منهما المجتمع الفقيرة المتمثلة فى صاحبة الرحم المستأجر، والأغنياء أصحاب النطف البيولوجية.

كما نوصى المشرع بمراجعة (نص المادة ٤٣ من الدستور المصرى) التى منعت إجراء أية تجربة طبية أو علمية على جسم الإنسان بغير رضائه الحر. نرى من جانبنا أن هذه المادة منحت الفرصة لأصحاب النفوس الضعيفة بوجود ثغرة يرون من خلالها لتحقيق أغراضهم فى التعامل على الجسد الإنسانى وجعله تحت مظلة الأشياء بإجراء التجارب عليه

لذلك يؤخذ على المشرع المصرى عند وضعه لهذا النص إطلاق المعنى على العنان دون وضع لجام للحرية المذكورة، فينبغى أن تقيد حرية رضاء الإنسان وعدم تخيره أو مجرد العرض عليه لممارسة أى نوع من التجارب، حتى لا يصل بنا الحد إلى ظهور طبقة دنيا ترضى أن تكون حقل تجارب وخاصة فى ظل الظروف الاقتصادية التى يعيشها العالم الآن، وما ولدته هذه الظروف من بيع أجزاء من البشر ومعدرة منى على هذا اللفظ الصريح الذى يستبدله البعض الآن بلفظ التبرع بالأعضاء كبيع الكلى، وللأسف أقره أخيراً مجلس الشعب مع احترامنا للجليل له.

ولا غرابة فى ذلك. الأمس بيع أجزاء من البشر واليوم بيع أو تبرع أو إيجار أرحام (أي بيع البشر نفسه) وماذا عن الغد؟ وأخيرا نأمل من المشرع المصرى أن يضع فى عين الاعتبار منط الحظر من هذا النص ويكون على الأقل مثل نظيره المشرع الجزائرى عند وضعه لنص المادة (٧١) من الدستور الجزائرى لعام ١٩٧٦ على ما يلى: (يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان. تضمن الدولة مساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حريته وحصانة ذاته).

كما نرى بما أن الموضوع وصل إلى الجرائد والمجلات، أي أصبح على الصعيد العام وأصبح موضوع رأى عام عرض وملحق بهذه الرسالة المستندات الدالة على ذلك مع الأخذ فى الاعتبار أننا وللأسف نعيش سياسة الأمر الواقع. فعدم الاهتمام المشرع بهذه القضايا وعدم الإسراع فى البت فيه جعلنا فى موقف حرج، مما أدى إلى اختلاط الأمر على ذوى النفوس الضعيفة، بين حرية الاختيار وبين الأباحية والانحلال، فأى منهج ترغبه سياسة الدولة، انني لا أظن أن أغلب الناس فى المجتمع يريدون الإباحية أو الانحلال، ولا أظن أن الدولة تستطيع نتائجها..

فلماذا إذن تسمح بتداول هذا الموضوع على الملأ فى البرامج الإذاعية والتليفزيونية، نحن نؤمن بحرية الرأى ولكن جعلها تترك من يوافق على مثل هذه القضية دون رقابة ويقول رأيه على الهواء أو من خلال مؤتمر أو لقاء أو ما إلى ذلك، نرى أن هذا تشجيع على الرزيلة، وخاصة أن هناك من يشاهد هذا كما سبق وأن ذكرنا من أصحاب النفوس الضعيفة والمحرومين من الولد ينتظرون قليلا من الأمل؟

لا وبالأحرى ظهر رأى يقول: يجوز تحديد نوع الجنين على الملأ العام.. على أي أساس بنى فضيلته فتواه؟ ومن المكلف الدارك والمنطقة عليه شروط تحديد الجنين؟ ولعدم التكرار سوف نتعرض لهذه القضية فى القسم الثانى من هذا البحث - إن شاء الله تعالى - . أين المنطق وأين المصلحة العامة فى هذا؟! بل أين وحدة المنهج؟

في حين أن بعض هذه البرامج تتخذ من هذه المواضيع مادة إذاعية لجذب المشاهدين وتحقيق ربح أكبر على حساب الحلال والحرام.

وأخيرا يتجلى لنا أهمية أن نؤمن بقدر الله ؛ لأن الإيمان بقدر الله يعيد للنفس الطمأنينة. والإيمان بمشيئة الله نوع من الالتزام وليس أمرا مشروطا ويقوم علي المحتومية لا تشترط مقدمات معينة لحدوث النتيجة.

موقف المجامع الفقهية من جراء عمليات الإنجاب بواسطة تأجير الأرحام .

- ترفض المجامع العلمية تأجير الأرحام وذلك من خلال قرارها الثالث في الدورة الثامنة سنة ١٤٠٥ هـ :

الحمد لله وحده والصلاة والسلام علي سيدنا ونبينا محمد صلى الله عليه وعلي آله وصحبه وسلم وبعد. فإن مجلس الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من يوم السبت ٢٨ ربيع الآخر ١٤٠٥ هـ إلى يوم الاثنين ٧ جمادي الأولى ١٤٠٥ هـ الموافق ١٩ - ٢٨ يناير ١٩٨٥ م قد نظر في الملاحظات التي ابداهها بعض أعضائه حول ما أجازاه المجمع في الفقرة الرابعة من البند الثاني في القرار الخامس المتعلق بالتلقيح الصناعي وطفل الأنابيب الصادر في الدورة السابعة المنعقدة في الفترة ما بين ١١ - ١٦ ربيع الآخر ١٤٠٤ هـ ونصها:

"أن الأسلوب السابع الذي تؤخذ فيه النطفة والبيضة من زوجين وبعد تلقيحها في وعاء الاختبار تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه حيث تتطوع بمحض اختيارها بهذا الحمل عن ضررتها منزوعة الرحم". يظهر لمجلس المجمع أنه جائز عند الحاجة وبالشروط العامة المذكورة وملخص الملاحظات عليها: "أن الزوجة الأخرى التي زرعت فيها لقيحة بيضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل إنسداد رحمها علي حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها في فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البيضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقه أو مضغة أحد الحملين ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج. ويوجب ذلك من اختلاط الانساب لجهة الأم الحقيقية لكل من الحملين والتباس

ما يترتب علي ذلك من أحكام وأن ذلك كله يوجب توقف المجمع عن الحكم في الحالة المذكورة". كما استمع المجلس إلى الآراء التي أدلى بها أطباء الحمل والولادة الحاضرين في المجلس ، والمؤيدة لاحتمال وقوع الحمل الثاني من معاشرة الزوج في حامله اللقيحة واختلاط الانساب علي النحو المذكور في الملاحظات المشار إليها. وبعد مناقشة الموضوع وتبادل الآراء فيه قرر المجلس سحب حالة الجواز الثالثة المذكورة في الأسلوب السابع المشار إليها من قرار المجمع الصادر في هذا الشأن في الدورة السابعة عام ١٤٠٤ هـ. وأعاد المجمع صياغة القرار ليصبح كالقرار السابق مع حذف الأسلوب السابع في طريق التلقيح الخارجي.

.. قرارات مجمع الفقه المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي :

القرار الثاني:-

الحمد لله والصلاة والسلام علي سيدنا محمد خاتم النبيين وعلي آله وصحبه. أن مجلس الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من ٨ - ١٣ صفر ١٤٠٧ هـ الموافق ١١ - ١٦ أكتوبر ١٩٨٦ م. بعد استعراضه لموضوع التلقيح الصناعي - أطفال الأنابيب - وذلك بالاطلاع علي البحوث المقدمة والاستماع لشرح الخبراء والأطباء. وبعد التداول. تبين للمجلس : أن طرق التلقيح الصناعي المعروفة في هذه الأيام هي سبع : الأولى : أن يجري تلقيح بين نطفة مأخوذة من زوج وبيضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته. الثانية : أن يجري التلقيح بين نطفة رجل غير الزوج وبيضة الزوجة ثم تزرع تلك اللقيحة في رحم الزوجة. الثالثة : أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة بحملها. الرابعة : أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي رجل أجنبي وبيضة امرأة أجنبية وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة. الخامسة : أن يجري تلقيح خارجي بين بذرتي زوجين ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى. السادسة : أن تؤخذ نطفة من زوج وبيضة من زوجته ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة. السابعة : أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا. وقرر : أن الطرق الخمسة الأولى كلها محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الانساب وضياع الأمومة. وغير

ذلك من المحاذير الشرعية. أما الطريقتان السادس والسابع فقد رأى مجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد علي ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة. والله أعلم.

ومن ثم عاد مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة ١٩٨٩ إلى تحريم جميع صور أستئجار الأرحام وذلك لما في الأمر من ملابسات، ومخافة اختلاط النطف في المختبرات. ومن هنا نرى أن المجمع الفقه الإسلامي أجاز صورة واحدة من صور أستئجار الأرحام ومن ثم حرّمها جميعاً، معتمداً في ذلك على مبدأ سد الذريعة.

- قرار مجمع البحوث الإسلامية بمصر:

أفتى مجمع البحوث الإسلامية بمصر بحرمة استخدام رحم امرأة أجنبية لوضع ماء زوجين في رحمها، وهذا القرار أصدره مجمع البحوث الإسلامية بمصر بعد انعقاده في يوم الخميس ٤ من محرم ١٤٢٢ الموافق ٢٠٠٣ - ١ - ٢٩، وبعد مناقشة علماء المجمع الموضوع قرروا أن ذلك حراماً، وقد جاء هذه القرار بإجماع علماء المجلس وعددهم خمسون فيما بقي الدكتور عبد المعطي مصرا على رأيه بجواز عملية تأجير الأرحام.

النتائج العامة

أسجد لله - سبحانه وتعالى - علي انتهائي لهذا العمل المتواضع في موضوع البحث وهو: تأجير الأرحام، ويعلم الله أنني بذلت فيه أقصى ما في وسعي وقصارى جهدى؛ حتى يخرج علي هذه الصورة التي أتمنى من الله - عز وجل - أن تكون خالصة لوجهه الكريم، وقد توصلت من خلال هذا البحث للنتائج الآتية:

١- بداية أود التنويه إلى أنني توصلت إلى أن من ضمن الأسباب الرئيسية التي تجعل مجتمعا بأكمله عرضة أمام ظاهرة مثل عملية تأجير الأرحام وهو سوء الأحوال الاقتصادية، ولما كان الأصل في المجتمعات أن تكون نامية متطورة، وبالتالي كلما كانت أنضج من غيرها كانت أسرع من غيرها نموا وتطورا، فكذلك يجب على الدولة أو الحكومة ان تعالج الوضع المادى لهؤلاء النساء الذين يبيعون أجسادهن مقابل العيش، أى تبيع طفلا لترى آخر لأنه مما لا شك فيه لو كانت الأوضاع الاقتصادية متكيفة مع ظروف البيئة الاجتماعية التي تطبقها والتي تتعامل علي مقتضاها الدولة في محاولة تنظيم العلاقات الاجتماعية تنظيما صحيحا بين أفرادها فيما بينهم وبين الدولة التي ينبغي ان تنشئ نظاما تكافليا اجتماعيا، وقد اقترحت نموذجا مبسطا أثناء عرضى لهذا البحث لحل هذه المشكلة، وبوجود نظام تكافل مادى يوفره الغنى للفقير تستمد الدولة مقومات وجودها من إرادات الأفراد، وبالتالي تستلهم أداء رسالتها من رغباتهم النامية والمتطورة دوما والتي تؤدي إلى تقدم الأمة.

٢- إن استئجار الأرحام ترتب عليها آثارا تقشعر لها الأبدان أو القلوب وتزهل لها العقول؛ لما فيها من تعدد الأمومات، فهناك أم بالرحم وأخرى بالنطفة وأم بالرضاعة، بمعنى أنه يمكن فى يوم من الأيام ان يقول شخص لآخر هذا اخى من الرحم، وهذا اخى الجينى أما هذه فهى أختى من الرضاعة، وليس هذا فحسب بل هناك أيضا حيرة تتولد لمن يدرس هذا الموضوع، مع التعمق حول من تكون الأم وهى نفس الحيرة التى إنتابتنى فى بداية البحث، كان فى اعتقادى أن الام هى البيولوجية لما تعطيه له من مورثات ولكن بعد الدراسة والتعمق والبحث وجدت أن الأم بناء على تطبيقات للنظريات القانونية والفقهية فى علم

النسب هي الأم الرحمية فهي التي ينطبق عليها كل النظريات السابقة، رغم أنى والله أرى لاهذه ولا تلك تستحقان أن تكونا أمين.

٣- إن استتجار الأرحام بكافة صورها حرام يقينا وذلك للأسباب

الآتية :

- إن الرحم ليس من المحال التي تجرى العقود عليها أيا كان نوعها وصورتها.

- ملكية الرحم لله باعتباره جزء من جسد الإنسان ولا يجوز تصرف الشخص فيما لا يملك

- تعلق الحمل لحساب الغير بكائن منتظر أراد الشخص وجوده باذن الله بطريقة لا ذنب له فيها

٤- نرى أن عملية تأجير الأرحام خاضعة للنظام العام ويرجع السبب

فى إعتقادی هذا إلى أنه :

- يتعرض الأفراد إلى ضياع الأنساب على مر العصور، وسنرجع الى الوراء الى العهد الفرعونى كأن يتزوج الأخ أخته ..

- احتمالية وضع نطفة زوجين مسيحيين فى رحم امرأة مسلمة، وستضاعف المشكلة مرارا عندما تكون المرأة المسلمة صاحبة الرحم منفردة أى بدون زوج سينسب المولود أى الأب البيولوجى المسيحى والام المسلمة صاحبة الرحم وهذا محرم فى الشريعة الاسلامية.

- وجدنا أنه علي فرض إباحة تأجير الأرحام فإن احتمالية الوقوع فى اختلاط الأنساب أمر محقق الوقوع ؛ حيث يكون نسب المولود من جهة الأب لصاحب الفراش إذا أتى هذا الولد علي فراشه ولصاحب النطفة الذكرية إذا لم تكن صاحبة الرحم لها زوج.

٥- نداء إلى من ابتلاهم الله - عز وجل - بعدم القدرة علي

الإنجاب هناك عدة بدائل يمكن لهؤلاء الأزواج أن يتبعوها وهذا على الترتيب الآتى :

أ - الرضاء بقضاء الله - عز وجل - وقدره، فإذا قدر الله -

عز وجل - لرجل أن لا ينجب فهذا قدره ويجب عليه ان يصبر لذلك. والراجع

لدينا أن هذا أفضل اقتراح ؛ لأنه - لو علمتم ما فى الغيب لأخترتم الواقع -

ب - للزوج أن يتزوج بزوجة ثانية، بشرط العدول بذلك، فهذا طريق حلال للذرية أفضل من سلوك طريق آخر به شبهة الزنا أو اختلاط للأنساب، ولعل الله - جل شأنه - جعل هذا سبباً من أسباب تعدد الزوجات.

ج - أو إذا تحقق التقدم التقنى لعملية الاستنساخ في نسخ الأعضاء البشرية بتقنية إستنساخ خلايا العضو من المرأة ذاتها، وعندئذ يمكن للمرأة المصابة في رحمها أن يؤخذ منه خلية يتم تنميتها بوسيلة إستنساخ الأعضاء، كي تصبح خلية الرحم رحماً كاملاً يزرع فيها فلا يرفضه جسمها لأن أصل خلاياها منها وفي حالة تحقق ذلك فإنه يحظر نقل الرحم، ولو كانت تقنيات نقله قد تقدمت بخطوات واسعة عن تقنية نسخ الأعضاء البشرية؛ لأن الأولى إجراء محاولة النسخ من خلايا رحمها بدلاً من غرس رحم غيرها فيها.

د - فى تقديرى المتواضع وبعد الدراسة وإبداء رأى علماء الطب من عدم انتقال أى مورثات عبر الرحم، تؤيد التبرع برحم سيدة مشرفة على الوفاة بعد إجازتها فى صورة وصية أو موافقة ورثتها إلى سيدة تحتاج الى رحم سليم لكى تنجب او لا يوجد مانع من أن تتبرع سيدة تعدى عمرها الستين عاما الى سيدة لا يوجد عندها مشكلة فى الإنجاب، ولكن الذى يحيل دون ذلك هو الرحم شريطة صغر السن.

٦ - فى حالة الإخصاب الصناعى التى أجزتها فى بحثنا وهى بين الزوجين، ننصح بعدم إطالة فترة التجميد التى يتم فيها التخصيب معملياً لمدة طويلة؛ لأن ذلك سيؤدى إلى تجزئة مدة الحمل على فترات متباعدة بمعنى سيتولد خلاف حول إبتداء مدة الحمل هل من لحظة التخصيب المعملى أم من لحظة وضع النطف فى الرحم؟

٧ - "قبول الطبيب أو المركز القائم على عملية تأجير الرحم وإذنه فى مباشرة الفعل الماس بالجسد أو ما دونها لا يعفيه من مسؤولية الضمان، إلا إذا كان لغرض العلاج وكان المأذون له أهلاً للقيام بهذا الفعل ولم يتعمد إلحاق الضرر بالآذى ويزيد عن كاهل الطبيب الممارس لعملية تأجير الأرحام أنه قائم بعملية غير مشروعة تماماً بالقياس على الطبيب القائم بعملية الإجهاض.

٨- ان إجراء تقنية الإخصاب الصناعى بهدف تحديد نوع الجنين حرام شرعا رغم أن هناك من أباحه من الفقهاء لأسباب معينة، إلا أننى أخالفه، فهو حرام مهما كان السبب لأن ذلك سيؤدى الى الوقوع فى الزريعة والفساد، وهذا لأننى أرى أن هذه المسألة خاضعة للنظام العام، ولا يحق لأحد أن يقتصرها كحق له.

٩- لا تلازم بين قضية مشروعية أو عدم مشروعية عملية تأجير الرحم وقضية ثبوت النسب فقد تكون غير مشروعية ورغم ذلك يثبت النسب وهكذا.

١٠- يثبت النسب فى حالة تخصيب بيضة الزوجة بنطفة زوجها المحفوظ فى بنوك النطف بعد وفاته، وليس بعد الطلاق شريطة الإلتزام بالمواعيد التى أقرها القانون لاحتساب مدة الحمل منذ ميلاد الطفل حتى يثبت النسب، وذلك لرغبة الزوج المتوفى فى إستمرار رابطة الزوجية، وبالتالي لاحترام النطفة الذكرية شرعا وقت الاستدخال "التخصيب" وإن كان محترما وقت الانزال.

١١- هذه العملية ترتب حتماً إثارة النزاع حول حقيقة الأمومة التى يجب أن ينتسب إليها، وحتى لو رجحت كفة إحدى المرأتين مع صعوبة ذلك فإن تقارب أدوار المرأتين فى تخليق الطفل يجعل من الصعوبة إمكان انفصال الطفل نفسياً عن الأم صاحبة الكفة المرجوحة، ويبرز ذلك إخفاق وسائل الترجيح القانونية فى الفصل بصورة مطلقة للحالة المدنية المتعلقة بنسب الطفل؛ مما يوجب إبطال عقد الأمومة البديلة نظراً لبطلان محل التزام الحامل بتسليم المولود لأبويه الوارثين لمخالفة ذلك للنظام العام فى القانون المصري، الأمر الذى يجعل محل التزام الحامل غير مشروع فيبطله.

١٢- قضية تأجير الأرحام لا يمكن أبداً أن تكون عقد أجرة صحيحة؛ لأنه لم تتوفر فيها شروط صحة الإجارة، ومن أهمها أن تكون المؤجر مالكا لمنفعة الإجارة، وهذا الشرط غير متوفر عند صاحبة الرحم المستاجر؛ لأن هناك فرقا بين ملك المنفعة الذى يبيع لصاحبه أن يملكه للغير، وملك الانتفاع القائم هنا، والذي يكون الانتفاع به قاصرا فقط على مالكه لا يتعداه إلى غيره ولو بإذنه الأمر الذى جعلنا فيما بعد نبدل مسمى إيجار الرحم بإستخدام الرحم محل بحثنا.

- ١٣- بعد الدراسة والتحليل تبين لنا عدم تطابق أركان جريمة الزنا علي عملية تأجير الأرحام، وذلك لعدم توافر الركن المادي أو صورة الزنا والمتمثلة في الاتصال الجنسي الكامل، ولكن توصف عملية تأجير الرحم غير المشروعة بشبهة الزنا والتي نسميها زنا النطف. بناء على شبهة اختلاط الأنساب.
- ١٤- في الأحوال التي يثبت فيها النسب في عمليات إيجار الأرحام فإنه يثبت فيها الميراث والحضانة... الخ، وذلك لأن الميراث... الخ فرع ثبوت النسب، فإذا ثبت النسب ثبت الميراث وأحكام الوصية الخ، وإذا انتفى النسب انتفى الميراث الخ، أما في الصور غير المشروعة والتي لا يثبت فيها النسب فإنها لا يثبت فيها الميراث الخ وإن كان الولد يرث أمه وعصباتها وكذلك هي أيضا ترثه.
- ١٥- بالنسبة لحق النفقة في عملية الرحم المستأجر نفرق بين مرحلتين

زمنيتين،

الأولى: هي قبل الغرس نطفة الأمشاج في الرحم المستأجر وقبل ميلاد المولود أي المدة التي ينحصر فيها التخصيب والحمل، فتكون نفقة الجنين والأم الحامل على أصحاب النطف البيولوجية، وذلك بموجب العقد المبرم بينهم.

أما بعد ميلاد المولود وإثبات واقعة الولادة التي يثبت بها نسب المولود للأم بالرحم وزوجها إذا كانت ذات زوج، وإن لم يكن للأب البيولوجي صاحبة الرحم فتكون النفقة المولود على الأم الرحمية وزوجها لأن للزوجة علي زوجها حق النفقة، وكذلك للولد حق النفقة علي أبيه، وتكون النفقة علي الأب البيولوجي إذا كانت الأم الرحمية منفردة.

١٦- الطفل الذي ينتج من جراء هذا العقد الخطير يجب الإحاطة به وعنايته ورعايته ومحاولة دفع الضرر عنه قدر الإمكان وإنتسابه إلى أب، طالما أمكن ذلك بما لا يتعارض مع قواعد التشريع كما بينت ذلك في آخر الرسالة.

١٧- ومن ضمن الأسس التي أرستها الشريعة الإسلامية كحل أساسي ورئيسي يمكن لنا أن نرجع إليه لمواجهة واقعة مثل عملية الإنجاب بتأجير رحم الغير نظام تعدد الزوجات، فقد جعلته الشريعة الإسلامية من منطلق الصالح العام للمجتمع، لذلك شرعت للرجل الزواج بعدة نساء بشرط تحديد العدد والعدل بينهن فليس من الصواب حظر أو منع الزوج بالتعدد في حالة عدم

إمكانية حمل زوجته بسبب العقم أو بآى سبب ولجوئهم إلى تأجير الأرحام فالزواج بأخرى أو التعدد في بعض الأحوال يمثل تحقيق المصلحة.

لذلك نرى من خلال رؤيتنا عن الموضوع أن الشرائع التى لا تبيح نظام تعدد الزواج. وتقر بوحدة الزوجة ترتفع فيها نسب الفساد أكثر من التى تبيحه مما يؤدى إلى إنتشار الرذائل، ناهيك عن مساوئ المخادنة والمعاشرة بدون زواج لا تزال تعرض الحياة الزوجية للخطر^(١).

وأردنا من هذا العرض السابق وضع ناقوس الخطر أمام أعيننا بالإضافة إلى وضع حد من الأنشطة بعالمنا الإسلامى.

وأخيرا لن يكون هناك حل إلا إذا طبقنا مبادئ الشريعة الإسلامية مع مراعاة المصلحة العامة وظروف المجتمع وإيجاد توازن بين الرجال والنساء إحصائيا.

من اللازم وضع ضوابط شرعية تمنع تسرب الفساد، وذلك بتعدد الزوجات للرجل الواحد وهذه شرعة الحكيم العليم.

ويجدر الإشارة هنا فى أنه قد يعتقد البعض أن هذه العملية قد تجلب مصلحة أو منفعة لصاحبة، وهى إنجاب الولد الذى يتمناه، لكن الشارع لم يعتد بهذا من المصالح بل نص على إلغائها. وهذا تماشيا مع قول الله تعالى: "يَهَبُ مَنْ يَشَاءُ أَنْثًا.." لذلك يجب أن تواجه الشريعة الإسلامية تلك النازلة المستحدثة بالطرق العقلانية وبفضل أن تكون هذه الطرق مقترنة بالوازع الدينى، كذلك العمل على وضع حد للأنشطة الخبيثة التى تترتب على إنتشار مثل هذه المستجدات، وأن يتم حظر ممارستها فى المستشفيات التى تتم من خلالها هذه العمليات.

(١) هناك خطبة أحد رجال الحكومة الفرنسية ذكر فيها أن عدد الأولاد اللقطاء المجموعين فى الملاجئ بلغ حدا عظيمة أرهق ميزانية الملاجئ وما ذلك إلا نتيجة عدم التعدد. ولا تزال مشاكل عدم التعدد تعصف ببعض المجتمعات وتتطلب حولا عاجلة تحقق المصلحة ولاسيما المقارنات والمقابلات ص ٢٣٦ - ٢٣٩.

الاسرة والمجتمع ص ٦٦ - ٧٢.

دائرة معارف وجدي جزء ٤ ص ٦٩١ - ٦٩٣

كما ينبغي على أهل التخصص من فقهاء الشرع والطب من واقع وظائفهم ومناصبهم أن يستغلوا طبيعة عملهم وتعاملهم مع الناس لتوعيتهم وتحذيرهم بشأن هذه المستجدات والقضايا، أما إذا وجدوا أن مثل هذه القضية "عملية تأجير الأرحام" يمكن أن تحصل في المجتمع الإسلامي بظروف معينة، حيث لا يترتب على حدوثها عواقب وخيمة أو آثار سلبية معتمدين بذلك على أدلة شرعية، فلا بأس في أن يشاركوا في تطبيق مثل هذه القضايا.

التوصيات

١ - أجتزى أن أوصى بضرورة التماسي مع إستراتيجية التقديمات الطبية الحديثة وألا نقف موقف الجمود منها، لأن هذه ضريبة التطور، وذلك لن يتحقق إلا بإصدار قانون تكنولوجي خاص بتكنولوجيا الإنسان منفردا، وغير مقترن بمادة من مواد القانون، وهذا الاستقلال نظرا لأهميته، وعلى المشرع المواكبة بين الحديث والقديم وألا يقف حجر عثرة، وأن يقوم بعمل موازنة بين ما هو مستحدث في خدمة المجتمع وما هو ضار وغير نافع لها، ثم يختار بين المبادئ المتنافرة من خلال ترجيحه لقيمة معينة علي أخرى وفقا لقواعد المنظومة العامة في سبيل تطوره، كي لا يحدث خلل في النظم الاجتماعية بتبني مبادئ تصطدم مع مبادئ المجتمع الكلية والمستقرة، ولن يكون لهذه الأفكار أية قيمة إلا إذا وضعت في النظام القانوني العام وكانت ملزمة ويترتب علي مخالفتها المسؤولية الكاملة.

ومن هنا يقتضى على المشرع وضع حد للأنشطة الخبيثة التي تقوم بها بعض المراكز، وللأسف الشديد ليست في العالم الغربي فحسب بل توغلت إلى عالمنا الإسلامي كذلك، وهذا يكون بالنظر من جديد في هذه النصوص لتضفي علي العلاقة الزوجية وعلي الرابطة الأسرية الحماية القانونية، حيث أدى انتشار عمليات تأجير الأرحام إلى ظهور الشيوخ الجنسي بتشجيع أفعال الشذوذ الجنسي، سوء الممارسة الجنسية والتي تتم رضائيا بين البالغين ذكورا كانوا أو إناثا، والمخازنة أو اتخاذ خلية وهي العلاقة غير المشروعة والتي لها صفة الإستمرار بين رجل وامرأة لا تربطهما رابطة الزواج الشرعي، وتتميز بالإضافة إلى عنصر الاستمرار بقيام الرجل - في العادة - بالإنفاق علي خليلته.

٢- ضرورة النظر الى آراء الباحثين المعاصرين على أنها ليست أقل قيمة من آراء الفقهاء السابقين، لا سيما فى المسائل المستحدثة كإلإنجاب الصناعى والاستنساخ والهندسة الوراثية، إلى غير ذلك من الأمور التى يعتبر رأى الفقيه المعاصر فيها أكثر دقة ؛ لأنه ينظر فيها نظرة مباشرة ويفهم ظروفها، ويستطيع ان يكون أكثر دقة فى تقديره لحكمها الشرعى شريطة أن تخصص مدارس لتعليم الباحثين كيفية الاجتهاد والاستنباط والقياس من الأصول الفقهية، وكذلك القواعد القانونية، على ان تكون الشهادة التى يحصل عليها الباحثة بهذا العلم أساسية لقبول بحثه.

٣- نوصى بعمل سجلات شاملة بمراكز الإنجاب الصناعى تدون بها كافة البيانات المتعلقة بكل عملية تأجير رحم التى أجريت بذلك المركز مثل : أسماء الزوجان البيولوجيين، وصاحبة الرحم المستاجر وزوجها والأطباء القائمون بالعملية، وبيان أسباب اللجوء إلى تلك العملية مع تحرير كافة البيانات المتعلقة بتاريخ بدء العملية منذ التخصيب مروراً بغرس نطفة الأمشاج الزوجين البيولوجيين داخل الرحم المستاجر وإنتهائها بالولادة، وغير ذلك من البيانات المساعدة على كفالة الرقابة المحكمة على هذه الوسائل الاستثنائية ذات الآثار الخطيرة ولى الولادة ينبغى نقل هذه السجلات الى مكتب تسجيل المواليد وتسجل شهادة ميلاد المولود المتضمن بها اسم الام البيولوجية واسم الأم الرحمية وكذلك الاب البيولوجى والاب بالفراش (زوج صاحبة الرحم وهذا منعاً مستقبلاً من إختلاط الانساب كان يتزوج الاخ اخته).

٤- يحسب للمشروع المصرى لصدوره قانون نقل الاعضاء ولكتنا نوصيه بوضع تقنين مفصل ينظم مجال الإنجاب الصناعى خاصة، والجنين بوجه عام ؛ وذلك بعد أخذ تقرير مفصل من لجنة طبية عالمية يفيد بتحديد أى من الأعضاء التناسلية أو المنتجات التناسلية ناقل للوراثة وأيهما غير ناقل، على أن تتحمل هذه اللجنة نتائج هذا البحث وعلى أساسها يتم إصدار قانون نقل الرحم بدل من ترك الموضوع لتقدير الأفراد لأنه لاحظنا من خلال بحثنا أن هناك طبيب يرى أن الرحم ينقل المورثات من خلال الدم وهناك رأى معارض لذلك فلو ترك الموضوع لتقديرى كما فهم من نص المادة الثانية من القانون الجديد لزراع ونقل

الأعضاء رقم "٥" لسنة ٢٠١٠ ينقل الرحم إذا لم يحدث إختلاط أنساب سيفسر كل فرد العملية حسب أهواءه ومصلحته لذلك نوصى المشرع بإصدار تشريع خاص بأن يفرد للأعضاء التناسلية باب خاص ينبثق من قانون نقل أو التبرع بالأعضاء. كما نوصي المشرع بوضع تصنيف شامل وصريح بشأن التفرقة بين أعضاء التناسل على مصاف باقى أعضاء الجسد الأخرى ؛ حتى لا ندع الفرصة على لضعاف النفوس للعبث من خلال نصوص القانون الخاصة بنقل الأعضاء.

حيث أن الأعضاء التناسلية تنفرد بطبيعة خاصة وقدسية سامية وهى ليست للعلاج كى تستمر حياة البشر فحسب بل إنتاج البشر نفسه بإرادة الله عز وجل فينبغى بما لها من هذه المكانة أفرادها فى باب خاص وهذا يكون من منطلق أن المشرع حرم التبرع بالأعضاء الغير مزدوجة والغير ناقلة للشفرات الوراثية ومع ذلك نوصى بالتبرع بالرحم رغم انه عضو منفرد ولكن حسب ما توصل اليه من رأى العلم انه غير ناقل للشفرات الوراثية بالاضافة الى انه سيفغذيه دم المتبرع اليه العضو وفى اعتقادى سيكون هذا حل بديل افضل من الحمل بالرحم البديل

٥- لابد من إنشاء جهة مركزية تابعة لوزارة الصحة تحت اشراف النظام العسكرى ونخص بالذكر النظام العسكرى وليست النظام الحكومى لان هذا الموضوع خاص بالنظام العام، ويرجع الى انتاج بشر فى وطن معين، ولابد من أن يكون نتاج هذا البشر معروف الهوية والنسب، وحتى لا نفتح مجالا للدول المغرضة ببلادنا أن تدس بيننا طرق علاجية فاسدة للنيل منا، على ان تكون هذه الجهة مكونة من عدة لجان متخصصة فى القانون والعلوم الفقهية والطبية والاجتماعية، على أن تكون مهمتها الرقابة الصارمة على كافة الممارسات الطبية فى مجال الإنجاب الطبي المساعد.

٦- نوصى بأن يتعجل المشرع المصري بإصدار القانون المنتظر والخاص بتنظيم الحماية الجنائية التى كفلها القانون المصري حماية لحق الجنين حيث قصر القانون الجنائي المصري فى عدم معاقبته على الأفعال، والتي يكون من نتيجتها إيقاع الإيذاء البدني بالجنين (تشوه الجنين) دون أن يتجاوز ذلك إلى تحقق فعل الإسقاط المعاقب عليه. بالاضافة الى أن ما جاء فى (المادة ٢٦٤) الذى يعنى بعدم

معاقة القانون المصري علي الشروع في الإجهاض، وحتى يتجنب الواقع العملي الكثير من المشكلات القانونية والشرعية، لابد أن يقرن بهذا القانون تعديلا (للمادة رقم ٢٦٤) عقوبات التي تنص على: "لا عقاب علي الشروع في الإسقاط". ونوصي ان يضاف الى المادة سابقة الذكر عقوبة الأشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنوات إذا وقع الفعل المنصوص عليه في (المادة ٢٦٤ من القانون المدني المصري) على أن يكون فعل الاسقاط بقصد أى بعمد، بصرف النظر عن مشروعية العلاقة اى لا فرق بين الجنين الموجود داخل رحم الأم الرحمية، أو داخل رحم الام الجينية، فكلاهما تتوفر فيهما عناصر المسؤولية، وهذا للأسباب التي ذكرناها فى بحثنا عن وضع الجنين.

٧- ضرورة المسارعة إلى إيجاد تنظيم قانوني خاص يتضمن الردع والعقاب أمام من تستهويهم التجربة وروح المغامرة والبحث عن الجديد؛ طمعا في الشهرة أو استغلال رغبة ذوى الهوى في استنزافهم مادياً ولو علي حساب القيم والمبادئ الشرعية والقانونية والآداب الطبية.

٨- كما أننا نقترح أنه حتى في حالة إصدار قانون خاص ينظم طرق الانجاب الصناعى، فلا بد من أفراد طرق خاصة للمراقبة والحد من تزايد هذه العمليات وفي اعتقادى هذا لن يكون إلا باتباع الوسائل الآتية:

أ - تضيق أماكن إجراء عمليات الانجاب الصناعى سواء أكانت فى مستشفيات الدولة، او العيادات الخاصة، و ذلك تيسيراً على الحد والحصر لتلك العمليات

ب - كما أن الوضعية المتدهورة التي تعيشها معظم مستشفيات الوطن نعتقد أنها مساهمة بشكل كبير فى زيادة عملية الانجاب الصناعى غير المشروعة حيث ترك العنان لكل من يرغب فى بناء مستشفى دون الحصول على ترخيص، وحتى لو استخرجه فأين الرقابة والإشراف على هذه المستشفيات؟ وهناك بعض الحالات الحديثة التي حولت جاهدة رصدها فى بحثنا المتواضع وهى تقريبا من أحدث المشكلات التي حدثت فى مستشفيات كما يقولون عمليات الانجاب تحت السلم التي كانت تجريها النساء من خلال الأطباء غير الشرفاء، وعقب هذه العملية يتم بيع المولود مقابل المبلغ الذي يتقاسمه الطبيب والوالدة.

ج - ضرورة وجود إحصائيات شاملة وكاملة ؛ للتدليل على حالات الإثجاب الصناعى غير المشروعة ؛ لأن وجود مثل هذه الإحصائيات ضرورى ؛ لما لها من قيمة فاعلة خاصة في مجال حصرو دراسة هذه الظاهرة. للحد من تزايدها. كما أن هذه المهمة موكلة للوزارة الصحة ؛ ومن خلالها يمكن إيجاد بعض الحلول. وبهذا نكون في طريق تحقيق الحماية لجسم الإنسان من جهة مصلحة الأطباء من جهة أخرى.

٩ - وأخيرا نحث النساء اللاتي تودن تقبل على استئجار رحمهن لحساب الغير على مزيد من الوعي. خاصة في ظل انعدام الوعي الطبي وعدم وجود ثقافة قانونية طبية لديهن. وهنا ندعو إلى ضرورة تدريس مادة القانون الطبي على مستوى المعاهد الجامعية ؛ ليعرف كل إنسان ما له وما عليه.

١٠ - نوصى المشرع المصرى بتعديل قواعد النسب في القانون المصري ؛ كي تستطيع استيعاب المشكلات التي أثارته تلك التقنية الحديثة في مجال ثبوت الأنساب. ويتحقق ذلك بالنص الصريح من جانب المشرع في ضوء الاستهداء بقواعد الفقه الإسلامى المتعلقة بأحكام النسب عموماً.

وأخيرا نرى أنه لا بد من الاستفادة من مواطن القوة والضعف من خلال عرضنا السابق للتنظيمات القانونية فى القوانين المقارنة للدول التى تم فيها مثل هذه العمليات. وذلك عندما يقرر المشرع المصرى وضع قانون يجرم هذه العمليات باعتبار أن القانون هو الممثل للإرادة الأفراد. وهذا يقتضى أن يتحدد بوضوح الحقوق التى ينظمها والواجبات التى يفرضها. فدقة وضع تشريع قانونى مجرد يوضح ويسهل الرجوع اليه هو الذى يميز مجتمع عن مجتمع آخر، لأنه بغير قانون يرشد على الأفراد كيفية التعامل مع المستجدات العلمية الحديثة لن تكون هناك وسيلة للاستقرار الاجتماعى وسوف يرمى بنا الحال إلى العصور الطبقية وسيطرة رأس مال الغنى على الفقير؛ وذلك لأننا نرى أن السبب المباشر للجوء السيدات المؤجرات لأرحامهن هو الفقر.

١١ - ينبغى على المشرع القانونى الإسراع فى وضع نص تشريعى. يتصف بوحدة المنهج. قادر على مواجهة النوازل الطبية المستحدثة حتى لا يتفشى الانحلال فى المجتمع ونصبح مثل الدول التى تدعى حرية الفكر وما هى إلا حرية

المحلال ليس على الصعيد العربى الإسلامى بل وعلى الصعيد العالمى، ولن يتحقق هذا إلا إذا اتبع الحل الشامل المتكامل وهو الأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية وتوعية الناس بدينهم، وذلك من خلال وسائل الإعلام والثقافة القانونية والتكامل الاجتماعى، والتمتع بمناخ الحرية فى ظل تطبيق الأنظمة الإسلامية فى التشريع والقضاء.

- ينبغى على فقهاء الشريعة الإسلامية وضع الأصول والضوابط للحكم على كل ما يأتى به العلم من اكتشافات مستحدثة، وإضافة نازلة عملية تأجير الأرحام باعتبارها من النوازل الطبية المستحدثة فى باب الحلال والحرام، فيقررون الحلال وينكرون على الحرام تواجد، حتى يكون المسلمون على بصيرة مما يحاك بهم ويضمر لهم دينهم^(١).

١٢ - نحن لا نرى وجهة ولا مبرراً فى أن نتخذ موقفاً سلبياً، أو أن نتوقع فى أماكننا خوفاً على مبادئنا وعقائدنا أو هويتنا إلا إذا كنا بسلوبي الإرادة ومستسلمين للوقائع والنوازل التى تسقط على رؤسنا من الغرب وكأنها سيول لا ترى شيئاً أمامها لذا فإن المقام يقتضى بنا أن نشارك فى الحضارة العالمية لخلق لغة حوار وذلك للمناقشة وليس للمنافسة.

- يجب ألا تتأثر نصوص القانون من الفقه الغربى، ولذا يجب تجنب وقوع القانون أو تطبيقه تحت تأثير بعض الأفكار ذات الطبيعة الغربية مثل الإرادة الحرة، وعدم الأخذ فى الاعتبار بالأخلاق، فمن الضروري أن تكون العدالة مطابقة للشعور الاجتماعى الذى يعطى اهتماماً كبيراً بالمسؤولية الأدبية للفرد والمجتمع.

- فى الوقت الذى يؤخذ فيه على المشرع المصرى عدم وضع نصوص قانونية بشأن جميع التصرفات التى يرد التعامل فيها على جسد الإنسان، ونخص هنا بالذكر قضية تأجير الأرحام موضوع بحثنا ماذا ينتظر وما هو الصعب فى اتخاذ هذا الأجراء على وجه السرعة فى جلسة مستعجلة مثلاً كما كان يصدر قانون الطوارئ من قبل، وذلك خوفاً من أن يصبح إيجار الأرحام من حالة فردية إلى

(١) النسب فى الإسلام والأرحام البديلة، ص ٢٣٦.

ظاهرة اجتماعية تتفشى بين أفراد المجتمع وخاصة أن الذى يلجأ إلى هذه العملية أصحاب الطبقتين المتألف منهما المجتمع الفقيرة المتمثلة فى صاحبة الرحم المستأجر والأغنياء أصحاب النطف البيولوجية.

- كما نوصى المشرع بمراجعة (نص المادة ٤٣ من الدستور المصري) التي منعت إجراء أية تجربة طبية أو علمية على جسم الإنسان بغير رضائه الحر. " نرى من جانبنا أن هذه المادة منحت الفرصة لأصحاب النفوس الضعيفة بوجود ثغرة يملكون من خلالها لتحقيق أغراضهم فى التعامل على الجسد الإنسانى وجعله تحت مظلة الأشياء بأجراء التجارب عليه لذلك يؤخذ على المشرع المصرى عند وضعه لهذا النص إطلاق المعنى على العنان دون وضع لجام للحرية المذكورة. فينبغى أن تقيد حرية رضاء الإنسان وعدم تخيره أو مجرد العرض عليه لممارسة أي نوع من التجارب ؛ حتى لا يصل بنا الحد إلى ظهور طبقة دنيا ترضى أن تكون حقل تجارب، وخاصة فى ظل الظروف الاقتصادية التى يعيشها العالم الآن وما ولدته هذه الظروف من بيع أجزاء من البشر ومعدرة منى على هذا اللفظ الصريح الذى يستبدله البعض الآن بلفظ التبرع بالأعضاء كبيع الكلى وللأسف اقرا اخيرا مجلس الشعب مع احترامنا للجليل له

ولا غرابه فى ذلك الأمس بيع أجزاء من البشر واليوم بيع أو تبرع أو إيجار أرحام (أي بيع بشرنفسه) وماذا عن الغدا؟ واخيرا نامل من المشرع المصرى أن يأخذ فى اعتباره مناهج الحظر من هذا النص ويكون على الأقل مثل نظيره المشرع الجزائرى عند وضعه لنص المادة (٧١) من الدستور الجزائرى لعام ١٩٧٦ على ما يلى: (يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل مساس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان. تضمن الدولة مساعدة المواطن من أجل الدفاع عن حرته وحصانة ذاته).

- تداول هذه القضية على صفحات الجرائد والمجلات أي أصبحت على موضوع رأى عام عرض وملحق بهذه الرسالة المستندات الدالة على ذلك مع الأخذ فى الاعتبار أننا وللأسف نعيش سياسة الأمر الواقع.

فعدم الاهتمام المشرع بهذه القضايا وعدم الاسراع فى البت فيه جعلنا فى موقف حرج، مما أدى إلى اختلاط الأمر على ذوى النفوس الضعيفة بين حرية

الاختيار وبين الأباحية والانحلال، فأى منهج ترغبه سياسة الدولة؟ أننى لا أظن أن أغلب الناس في المجتمع يريدون الإباحية أو الانحلال، ولا أظن أن الدولة تستطيع نتائجه..

فلماذا إذن تسمح بتداول هذا الموضوع على الملأ فى البرامج الإذاعية والتلفزيونية، نحن نؤمن بحرية الرأى ولكن جعلها تترك من يوافق على مثل هذه القضية دون رقابة ويقول، رأيه على الهواء أو من خلال مؤتمر أو لقاء أو ما إلى ذلك نرى أن هذا تشجيع على الرزيلة، وخاصة أن هناك من يشاهد هذا كما سبق وأن ذكرنا من أصحاب النفوس الضعيف والمحرمين من الولد وينظرون قليل من الأمل؟ لا وبالأحرى ظهر رأى يقول يجوز تحديد نوع الجنين على الملأ العام... على أي أساس بنى فضيلته فتواه ومن المكلف الدارك والمنطقة عليه شروط التحديد أين المنطق وأين المصلحة العامة في هذا.. بل أين وحدة المنهج؟

في حين أن بعض هذه البرامج تتخذ من هذه المواضيع مادة إذاعية لجذب المشاهدين وتحقيق ربح أكبر على حساب الحلال والحرام وأخيراً يتجلى لنا أهمية أن نؤمن بقدر الله؛ لأن الإيمان بقدر الله يعيد للنفس الطمأنينة، والإيمان بمشيئة الله نوع من الالتزام وليس أمراً مشروطاً ويقوم على المحتومية لا تشترط مقدمات معينة لحدوث النتيجة؛ لأن النتائج موكولة بمشيئة الله مهما تكن المقدمات وهذا هو ما نعينه أحياناً بقدر الله.

١٣ - أما عن أهم التوصيات والمقترحات التى يمكن أن أتقدم بها لصالح الطفل فى نهاية هذه الرسالة فتمثل فيما يلى: نوصى المشرع المصرى بتفعيل نصوص الدساتير الخاصة بحقوق الطفل وإضافة تعديل لنص المواد الخاصة بالنسب على أن يشمل هذا التعديل نسب الطفل المولود من الأم الرحمية وكذلك قانون الميراث..

يتحتم على الأزواج احترام حق الطفل فى الطريقة التى كان ينبغى أن ياتى بها لو كان بإمكانه أن يغير.

١٤ - وبعد نضوج المسألة ووضوح الرؤية تبين لنا أيضاً أن صحة الفكرة بإتباع الأخلاق وكفاءة الإنجاز فى منع ممارسة مثل هذه العمليات لا تقاس جدارتهما بمسقط رأسيهما بل بما تجلبه من مصالح ومنافع كما أن الأخذ بمبادئ

الأخلاق المقتبسة من الشريعة الإسلامية ضرورة لتوجيه دعوة عالمية من خلال بحثنا المتواضع للحد من تلك الابتكارات والنوازل الطبية المستحدثة التي ينبغي على من ابتكارها أن يطبقها على الحيوانات وليس البشر؛ لتكون خدمة لهم وليست عليهم. وهذه الدعوة عالمية لا فرق فيها بين عربي أو أجنبي.

١٥ - للحد من عمليات تأجير الأرحام والمشاكل القانونية التي تترتب عليها لابد من التعامل معها من خلال نفس القنوات التي تسرب منها هذه الوسائل، هذا يحدث عن طريق أولاً اهتمام المشرع بوضع نصوص قانونية جديدة مرنة، وفي نفس الوقت رادعة على من تسول له نفسه لفعل هذه العملية وعدم الاعتماد على أحكام الشريعة وحدها بل يجب عليه الأخذ في الاعتبار بالسوابق القضائية التي حدث فيها نفس الموضوع به، مع عدم الاعتماد على الوازع الديني فقط بل يجب أن يقترن به الجانب الاجتماعي.

١٦ - مخاطبة أصحاب النفوس الضعيفة من السيدات بالتحديد اللاتي اقتنعن من نفس القنوات بصلاحيه هذه العملية لإنجاب الولد وعدم انتمائه لصاحبة الرحم المستأجر بأية صلة

ولكي يتحقق كل ذلك لابد من إنشاء مؤسسة جامعة إسلامية عالمية كاتحاد عالمي للمسلمين؛ لكي تكون مرجعية إسلامية للأمة جمعاء ولكي يكون دورها فعالاً ينبغي أن تخاطب من خلالها جميع الشرائع شريطة أن يكون أعضاؤها من جميع دول العالم وهذا تسهيل على لغة الحوار المتبادل التي تكاد مع الأسف أن تكون مفقودة في عصرنا الحالي.

وأخيراً أسأل الله العظيم رب العرش العظيم أن يجعل هذا البحث خالصاً لوجهه الكريم، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم الدين، وأن يريني الحق حقاً ويرزقني إتباعه، ويريني الباطل باطلاً ويرزقني إجتنابه، وأن أكون قد أسهمت - ولو بالجزء اليسير - في إيضاح عملية تأجير الأرحام التي تخللت مجتمعاتنا التي تعد بؤرة للفساد، مع محاولتي للعمل على الحد من ممارستها وبيان التعامل مع آثارها التي خلفتها، فلا أدعى أنني بلغت الكمال في هذا العمل أو قاربت، كما لا أدعي أن هذا العمل يخلو من نقص أو عيب، فالكمال لله وحده

والعصمة لأنبيائه ورسله، فإن كان ما بذلته من جهد قد حقق ما كنت أصبو إليه من إتمام عمل جليل في هذا السبيل.

فذلك كله من فضل الله، وهذا فضل الله يؤتيه لمن يشاء والله ذو الفضل العظيم، وإن كان غير ذلك فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه براء، وأرجو من الله - تعالى - أن تكون الأخطاء محدودة والبهفوات معدودة وأسأله المغفرة عن الزلات والعفو عن البهفوات.

وأخيراً اللهم أجعلنا من خالص أمة نبيك، واحشرنا في زمرة، واجوعنا علي محبته، ولا تخالف بنا عن ملته، ولا عمن جاء به، برحمتك يا أرحم الراحمين، وصلى اللهم علي سيدنا محمد وعلي آله وصحبه وسلم أجمعين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

❖ مراجع الفقه الإسلامى ❖

- د.إسماعيل راجي الفاروقي: أصول الصهيونية في الدين اليهودي معهد الدراسات العربية بالقاهرة ١٩٦٤م.
- د. أنور دبور: إثبات النسب بطريق القيافة في الفقه الإسلامى، نشر دار الثقافة العربية بالقاهرة.
- د. الشحات إبراهيم محمد منصور: التحكم فى جنس المولود فى ميزان الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة (بدون تاريخ نشر).
- الدواليبي محمد معروف: موقف الإسلام من العلم واثار الرسالة الإسلامية في الحضارة الانسانية، بيروت دار الكتاب، ١٩٧٩.
- اللواء/ أحمد عبد الوهاب: مكانة المرأة في الديانة اليهودية والمسيحية والإسلامية - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية بالقاهرة مطابع الأهرام ١٩٩٨.
- السعدي عبد الملك: العلاقات الجنسية غير الشرعية وعقوبتها في الشريعة الإسلامية. القسم الأول، جدة: دار البيان - العربي، ١٩٨٥.
- د. حسان حتوت: حرمة الجنين فى كافة اطواراة، بحث بعنوان (الاجهاد بين الدين والطب) بدون تاريخ نشر.
- د. حسين عبد الكريم السعدنى: التناسل الصناعى الحيوانى - بغداد - ١٩٨٧ بدون دار نشر.
- د. رمضان على السيد الشرنباوى: النظريات العامة فى الفقه الإسلامى - جامعة الاسكندرية كلية الحقوق - ٢٠٠٦ م.
- د. زياد احمد سلامة: اطفال الأنابيب بين العلم والدين ، الطبعة الأولى دار البيان ، عمان. سنة ١٩٩٦م.
- د. سمير غويبة: المتاجرة بالأئمة والأعضاء البشرية، مكتبة مدبولى الصغير ط ١ ١٩٩٩م ستار برس للطباعة والنشر، الهرم القاهرة.
- د. سليم العوا: فى أصول النظام الجنائى الإسلامى، الطبعة الثانية، دار المعارف، ١٩٨٣.
- د. شوقى زكريا الصالحى: الإنجاب الصناعى بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية سنة ٢٠٠١ م

- د. عمر سليمان الأشقر: إثبات النسب بالبصمة الوراثية بحث مقدم الى ندوة الوراثة والهندثة الوراثية بالكويت سنة ١٩٩٨ م.
- د. عبد الكريم زيدان: المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر ابن الخطاب.
- د.عطا السنباطي: بنوك النطف والاجنة - ١٤٢١ - ٢٠٠١ م دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع
- د.عبد العزيز الخياط: حكم العقم فى الاسلام، وزارة الاوقاف الاردنية، عمان ١٩٨١ م.
- د. عبد السلام عبد الرحيم السكري: التلقيح الاصطناعي بين الحل والحرمة، مطبعة حمادة الحديثة ١٩٩٥ م.
- د. عقيل بن احمد العقيلي: حكم نقل الاعضاء، مكتبة الصحابة بجدة سنة ١٩٩٢ م.
- عبد الفنى، اسامة: موسوعة الطفل من الحمل حتى البلوغ، مصر: المصرية (د.ت).
- د/ كامل زكى حميد: الاستنساخ قبلية بيولوجية - سلسلة العلوم التكنولوجية - مراجعة د/ احمد مستجير ٢٠٠٧ تنفيذ الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- د محمد كمال إمام، مقدمة لدراسة الفقه الاسلامى ، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠١١ م
- د. محمد رافت عثمان: حكم الاجهاض، اللواء الإسلامى ٢٢ من جماد الاولى ١٤٢٠ هـ ٢ سبتمبر ١٩٩٩ العدد ٩١٩.
- د. محمد محمد محمود احمد البرام: حق الله وحق العبد فى الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة بالقانون الوضعى
- د.محمد نعيم ياسين: حكم التبرع بالأعضاء فى ضوء القواعد الشرعية والمعطيات، ابحاث فقهية فى قضايا معاصرة دار النفائس، الاردن ط اولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، ندوة بداية الحياة الانسانية ونهايتها فى المفهوم الاسلامى، المنعقدة فى الكويت، سنة ١٩٨٥ طبعة ١٩٩١ م
- د. محمد سعيد رمضان البوطي: قضايا فقهية معاصرة - القسم الأول - مكتبة الفارابي دمشق - الطبعة الخامسة ١٩٩٤ م
- الشيخ مصطفى الزرقاء: التلقيح الصناعى واطفال الانابيب والراى الشرعى فيهما المجمع الفقهي بمكة المكرمة الدورة الثالثة ١٩٨٠

- د. نجاح عثمان ابو العنين: تأجير الأرحام فى الفقه الاسلامى، الطبعة الأولى، دار الوفاء، ٢٠٠٢ م
- د. هاشم جميل عبد الله: زراعة الاجنة فى ضوء الشريعة الاسلامية، مجلة الرسالة الاسلامية القسم الثانى ٢٢٩ يوليو - ١٩٨٩ م، الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الإنجاب فى ضوء الإسلام " المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية الكويت ١٩٨٣ م".
- الشيخ يوسف القرضاوى: فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة. عمان: دار الضياء، ١٩٨٨ الحلال والحرام فى الاسلام، المكتب الاسلامى، بيروت لبنان، ١٩ م ١٥.
- ❖ **المراجع القانونية** ❖
- د. أحمد محمود سعد: تغيير الجنس بين الحظر والأباحة. - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٣ - القسم الخاص.
- د. أحمد شرف الدين: انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الجسد، طبعة ١٩٨٢، مطبعة دار الحضارة العربية - الفجالة / الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الناشر المجلس الوطنى للثقافة والفنون والآداب بالكويت عام ١٩٨٣.
- د. أحمد زكي عويس: مسئولية الأطباء المدنية والجنائية، فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى، مطبعة الامانه، الناشر مطبعة جامعة طنطا ١٩٩٠ م
- د. أحمد نصر الجندي: النسب فى الاسلام والأرحام البديلة، القاهرة: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٣
- مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، ١٩٨٦، نادى القضاة
- اللواء الخبير ابو بكر عبد اللطيف عزمى: الجرائم الجنسية واثباتها مع مبادئ اصول علم الأدلة الجنائية فى مجال اثباتها دار المريخ للنشر بالسعودية
- د. اسامة عبد الله فايد: المسئولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ط ثانية ١٩٩٠ رسالة دكتوراة ١٩٨٣ - حقوق القاهرة.
- د أسامة أبو الحسن مجاهد، تعويض الطفل عن ميلاده معاقا، دار النهضة العربية ٢٠٠٢ م
- د. حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد دار النهضة العربية ١٩٨٧ م

- د. حسام الدين الاهواني : المشاكل القانونية إلى تثيرها عمليا زرع الاعضاء البشرية - مطبعة جامعة عين شمس - ١٩٧٥ - الحق فى احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية
- د. حسن زكي الأبراشي : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية - ١٩٥١ القاهرة
- د. رضا عبد الحليم عبد المجيد : النظام القانوني للانجاب الصناعي - نشر النهضة العربية الطبعة الأولى ١٩٩٦ م، الحماية القانونية للجنين البشرى الاستنساخ وتدايعياته، الناشر دار النهضة العربية - ١٩٩٨ م
- د. رافت محمد حماد : أحكام الجراحة الطبية الحديثة، دار النهضة العربية ١٩٩٦ م
- د. سهير منتصر : - المسئولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسئولية المدنية للأطباء دار النهضة العربية ١٩٩٠ م القاهرة - الحقوق والمراكز القانونية - مكتبة النصر بالقازيق ٢٠٠٥ م - التلقيح الصناعى حال حياة الزوجين وبعد وفاة الزوج مكتبة النصر بالقازيق ١٩٩١ م
- د. سليمان مرقص : المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، رقم (١٠٣) القاهرة ١٩٧١، عقد البيع ١٩٩٠ م طبعة نادي القضاة
- د. شعلان سليمان محمد : نطاق الحماية الجنائية للأعمال الفنية الحديثة الطبية فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ٢٠٠٢ م / ١٤٢٢ - دار نشر الميثاق مراجع متخصصة
- د. شوقي زكريا الصالحى : الانجاب الصناعى بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية - دراسة مقارنة - ٢٠٠١ م - بدون دار نشر مراجع متخصص
- د. عبد الحميد عثمان الحفنى أحكام الأم البديلة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤١٦ ،
- د. عبد الرازق السنهوري : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى : دراسة مقارنة بالفقه الغربى الحديث، دار النهضة العربية - الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٦٤ م - الوسيط الجزء السابع والسادس، دار إحياء التراث العربى، بيروت، لبنان (بدون تاريخ طبع).
- د. عبد الرشيد مامون عقد العلاج الطبى بين النظرية والتطبيق - دار النهضة العربية - ١٩٨٦

- د. عبد الله مبروك النجار: الحسبة ودور الفرد فيها في ظل التطبيقات القانونية المعاصرة طبعة الازهر ومبادئ فكرة الحق ١٩٩٤ م طبعة أولى الضرر الادبي
- د. عبد الحميد اسماعيل الانصارى: وابط تفل الاعضاء البشرية فى الشريعة والتشريعات العربية دراسة مقارنة دار الفكر اعربى الطبعة الاولى - ٢٠٠٠.
- د. عبد السلام التونجى: المسئولية المدنية للطبيب فى الشريعة الإسلامية وفى القانون السوري والمصري والفرنسي ١٩٦٦ / موانع المسئولية الجنائية، معهد البحوث للدراسات العربية ١٩٧١
- د. فاروق عبد الرؤوف عبد العزيز- الحماية الجنائية لسلامة الجسم فى القانون الوضعى والشريعة الإسلامية.
- د. محمد حسين منصور: المسئولية الطبية- دار الجامعة الجديدة للنشر - احكام الاسرة المطبقة على المسيحيين المصريين - سنة ١٩٩٩ - دار المطبوعات الجامعية - كلية الحقوق جامعة الاسكندرية
- د. محمد المرسى زهرة: الإنجاب الصناعي - احكامه القانونية وحدوده الشرعية دراسة مقارنة، ٢٠٠٨ م، دار النهضة العربية
- د. مجدى حسن خليل: الحماية القانونية لأتعباب الطبيب الحر- دار النهضة العربية ٢٠٠٠م
- د. محمد السيد عمران: الإلتزام بضمان السلامة وتطبيقاته فى بعض العقود - ١٩٨٠
- د. محمد الوهاب الخولى: المسئولية الجنائية لأطباء عن استخدام الاساليب المستحدثة فى الطب والجراحة دراسة مقارنة - الإنجاب الصناعي - طفل الانابيب - نقل الاعضاء الطبعة الاولى - ١٩٩٧م.
- د. محمد لبيب شنب: أحكام المقاوله عمومًا: عقد المقاوله، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩ أحكام عقد البيع القاهرة دار النهضة العربية ١٩٨٦م، ، دروس فى نظرية الإلتزام ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ١٩٧٦ / ١٩٧٧.
- د. محمود نجيب حسنى:
- أسباب الأباحتة فى التشريعات العربية القاهرة ١٩٦٢ - ق عام
- الحق فى سلامة الجسم ومدى الحماية التى يكفلها له قانون العقوبات - مجلة القانون والاقتصاد العدد الثالث - ١٩٥٩ شرح قانون العقوبات - القسم الخاص

- د. محمد فائق الجوهري : المسؤولية الطبية فى قانون العقوبات ١٩٥٢
- د. محمود عبد العزيز الزينى : - مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العزرى فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٩١ م
- د. محمد السعيد رشدي : عقد العلاج الطبي. الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، دار ابراهيم للطباعة ١٩٨٧ م.
- د. محمد رافت عثمان : قضايا فقهية معاصرة ، اسئجار الأرحام - احكام الام البديلة (١٠/١) بدون دار نشر
- د. محسن عبد الحميد البيه : مشكلة نقل وزراعة الأعضاء البشرية. خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية مكتبة الجلاء الجديدة
- د. محمد بن محمد المختار الشنقيطي : أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها - مكتبة الصحابة بجدة - الطبعة الثانية ١٤١٥ هـ ١٩٩٤ م /
- د. محمد عبد الظاهر حسين : صور ممارسة المهن الحرة وأثرها علي مسؤولية المهني . دار النهضة العربية ١٩٩٧ م
- د. محمد علي البار : الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ، موقف الاسلام من علاج العقم - طفل الانبوب والانجاب الصناعي - اخلاقيات الانجاب الصناعي قضايا طبية فقهية معاصرة الدار السعودية للطبع والنشر والتوزيع ١٩٩٧ م. خلق الإنسان بين الطب والقرآن ط ثلاثة سنة ١٩٨١
- د. محمد سامي السيد الشوا : الخطأ الطبي أمام القاضي الجنائي ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٣ م الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم
- د. مصطفى عبد الحميد عدوى : حق المريض فى قبول أو رفض العلاج مطبعة حمادة الحديثة ١٩٩٢ م
- د. منذر الفضل : المسؤولية الطبية فى الجراحة التجميلية - الطبعة الثانية ١٩٩٥ - مكتبة دار الثقافة.
- محمد قدرى باشا : المادة ٥٧٧ من مرشد الحيران إلى معرفة احوال الناس طبعة ٣ المطبعة الأميرية بمصر - الشريعة الإسلامية
- د محمد على الباز : اخلاقيات الإنجاب الصناعي - الطبعة الأولى - ١٩٨٧ الدار السعودية للنشر والتوزيع جدة المملكة السعودية
- د. نزيه محمد الصادق المهدي : الإلتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية ١٩٨٢.

❖ المراجع العلمية ❖

- د. احمد فودة: كتاب علم النساء - طبعة دار الوفاء - الطبعة الأولى - ١٩٩٧ م.
- د. ايمن ابو الروس: مولودك الجديد ولد ام بنت الطبعة الاولى مكتبة ابن سينا القاهرة ١٩٨٨ م.
- د. إبراهيم سماحة: اساسيات امراض النساء طبعة مركز الكتاب الجامعى بدون تاريخ نشر
- د. جمال أبو السرور: العقم فى العلم الإسلامى الاخصاب الطبى المساعد بين الممارسة والبحث، بحث مقدم الى مؤتمر الضوابط والاخلاق ١٩٩١ م
- د. حسن سلام: الجمعية المصرية للطب والقانون - بحوث مقدمة فى ندوة طفل الانابيب - الخميس - ٢ مايو ١٩٨٥ مجلة الطب والناس - العدد السادس - يوليو ١٩٩٠
- د. كارم السيد غنيم: الاستنساخ والإنجاب بين تجريب العلماء وتشريع السماء، الطبعة الأولى دار الفكر العربى بيروت ١٩٩٨ م
- سيد محمود: النمو الجنينى للانسان - ٨ ش سليمان الحلبى بالقاهرة سنة ١٩٨٩.
- د. عمرو الحسينى: تاخر الانجاب - اسبابه وطرق التغلب عليه - مكتبة النصر - ٢٠٠٤ م
- د. على مبارك: أمراض نسائية غامضة - الكويت - مجلة العربى العدد ٣٧٥ فبراير ١٩٩٠
- علاء الدين على بن ابى الحزم القرشى المعروف بن النفيس تحقيق: أ/ عبد الكريم الغرباوى - مراجعة د/ احمد عمار - د/ رمضان عبد التواب - ط ثانية ١٩٩٧ - وزارة الاوقاف المجلس الاعلى للشئون الاسلامية.
- د. فتحى ستيت: تشريح الحوض والعجان. طبعة دار الوفاء الطبعة الأولى ١٩٨٥ م
- د/ فردريك لوى: أثر تطبيق التوزيع العادل فى بحوث التكاثر البشرى، بحث مقدم فى ندوة لضوابط والاخلاقيات ١٩٩١
- د. محمد على البار: اخلاقيات التلقيح الصناعى الدار السعودية للنشر والتوزيع جدة ط اولى ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م طفل الأنبوب
- هاملتون ويويد وموسمان: كتابة علم الاجنة الانسانى - الطبعة الرابعة بدون تاريخ نشر.

❖ الرسائل العلمية ❖

- د. أحمد حمدي يوسف عفيفي : حقوق الإنسان بين النظم القانونية القديمة والمواثيق الدولية المعاصرة - رسالة دكتوراة عين شمس ١٩٩٧ م
- د. إيهاب يسر : المسؤولية المدنية والجنائية ، للطبيب رسالة دكتوراة. كلية الحقوق جامعة طنطا ١٩٩٤ م
- د. انس إبراهيم بشار : - تغيير الجنس واثره فى القانون المدنى والفقہ الإسلامى - رسالة دكتوراة ، ٢٠٠٣ - جامعة المنصورة كلية الحقوق
- د. السيد رضوان : العلاقة بين الطبيب والمريض واثارها - رسالة دكتوراة بقسم الفقہ المقارن بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة - ١٩٩٢
- د. أسامة السيد عبد السميع : مدى مشروعية التصرف فى جسم الادمى، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٨ م ماجستير
- د. احمد عبد الدائم : أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانونى - رسالة دكتوراة فى الحقوق - جامعة روبر شومان فى ستراسبوغ - منشورات الحلبي الحقوقية - ط ١٩٩٩ م
- د. حبيبة سيف سالم : النظام القانونى لحماية جسم الانسان - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق - جامعة عين شمس ٢٠٠٥ م
- د. زكى الأبراشى : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية فى التشريع المصرى والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٥٠
- د. سلطان الجمال : معصومية الجسد فى ضوء المفردات الطبية الحديثة - رسالة ماجستير ٢٠٠٠
- د. طه عبد المولى ابراهيم : مشكلات تعويض الاضرار الجسدية فى القانون المدنى - رسالة دكتوراة المنصورة ٢٠٠٠ دار الفكر والقانون
- د. طارق عبد الله محمد أبو حوة : الانعكاسات القانونية للانجاب الصناعى - رسالة لنيل الدكتوراة - جامعة المنصورة - ٢٠٠٥
- د. عجمي مصطفى عجمي : مدى مشروعية عمليات زرع الأعضاء البشرية ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٥ م
- د. على حسين نجيدة : صور التقدم الطبى وانعكاساتها القانونية فى مجال القانون المدنى - كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٠
- د. عبد الراضى محمد هاشم : المسؤولية الطبية للأطباء فى الفقہ الإسلامى والقانون الوضعى رسالة دكتوراة جامعة القاهرة ١٩٩٤ م

- د. علاء الدين خميس : المسئولية الطبية عن فعل الغير رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة المنوفية ١٩٩٦ م
- د. عبد النبي عبد السميع عطا الله : قبول او رفض العلاج واثرة على المسئولة المدنية, دراسة مقارنة - رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٥ م
- د. محمد صبحي نجم : رضاء المجني عليه كسبب للإباحة - رسالة دكتوراة - القاهرة
- د. محمد سعيد خليفة : الحق في سلامة الجسم - دار النهضة العربية ٩٥٠ / ١٩٩٦ م
- د. محمد عادل عبد الرحمن : المسئولية المدنية للأطباء - رسالة دكتوراة - حقوق الزقازيق - ١٩٨٥
- د. ممدوح محمد خيرى هاشم : الإنجاب الصناعى فى القانون المدنى ، دراسة قانونية فقهية مقارنة ، رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة الزقازيق ، سنة ١٩٩٦ م.
- د. ممدوح المسلمى : الإنجاب الصناعى فى القانون المدنى - دراسة قانونية فقهية مقارنة رسالة دكتوراة كلية الحقوق جامعة ازقازيق ١٩٩٦ م
- ❖ **المجلات والصحف** ❖
- فتاوى على الطنطاوى ص ١٠٦ - مجلة الوعى الإسلامى العدد ٢٥٩ رجب ١٤٠٦ - الطبعة الثانية ١٩٨٦ م
- حكم محكمة الجمالية بتاريخ ١٥ ابريل ١٩٣١ - مجلة القضاء الشرعى س ٤ المحاماة س ٣ ص ١٦٣
- نقل وزرع الأعضاء البشرية - مجلة البحوث القانونية بخصوص ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ١٩٩٦ م
- مجلة العربى - ع ٢٤٢ - يناير ١٩٧٩ م ١٩٧٩ م - يوسف زعبلوى
- مقال ليست ابنة انبوب اختبار
- " اعداد بيغى مان " مجلة المختار العدد ٨٩ ابريل ١٩٨٦ ، ص ١٩ مقالة بعنوان صراخ الاطفال فى بيوت الأزواج المصابين بالعقم
- مقال للدكتور مصطفى محمد الحديدى - منشور مجلة منار الاسلام عدد (١١) ص ٤٨ لسنة ١٩٧٨ م
- مجلة العربى العقم عند النساء - د. أنيس فهمى - بحث منشور ، العدد ٢٢٠ ، يوليو ١٩٨٥ ص ١٨٢ .

- مقال من اعداد محمود بيومي - مجلة الوعي الاسلامي الهندسة الوراثية -
العدد ٣٥٩ - رجب سنة ١٤١٦ ديسمبر ١٩٩٥ م - محمد رؤوف حامد .
- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - مجلة نصف سنوية - الإنجاب الصناعي بين التحليل والتحریم - بحث منشور محكمة حقوق المنوفية - محمد بن يحيى بن حسين - العدد الحادى عشر - السنة السادسة - ١٩٩٧ م
- مجلة العربى الكويت ١٩٩٦ م د/ هشام سليمان ابو عودة - اختيار جنس الجنين (ولدام بنت)
- مجلة الجيل - الحمل التكنولوجي التمطور - أغسطس ١٩٩٠ - العدد ٨
- مجلة روتانا - د/ احمد زويل - الرياض محاضرات علمية - موضوعها غياب الحرية سبب تخلف الامة العربية - العدد ١٣١ / ١٦ يناير ٢٠٠٨
- مجلة مجمع الفقه الاسلامى د/ محمد سعيد رمضان البوطى انتفاع الانسان بأعضاء الجسم الانسان اخر حيا او ميتا - العدد الرابع - الجزء الاول ١٩٨٨ - المجمع الفاتيكانى الثانى الكنيسة فى عالم اليوم .
- مجلة الحقوق - د محمد يوسف علوان - حظر التعذيب فى القانون الدولى لحقوق الإنسان ١٩٨٧ .
- مجلة الحق شريعة وقانون - العدد ٩ الإمارات ٢٠٠٤ - د. ثروت عبد الحميد/ الأجهزة بسبب تشوه الجنين وأمراضه الوراثية مدى مشروعيتها ومدى المسئولية عنه فى أحكام الشريعة وقواعد القانون الخاص
- بحث مقدم فى ندوة لواء الإسلام المنعقدة فى ١٣ رجب ١٣٨٤ - ١٧ نوفمبر - ١٩٦٤ م - العدد ١٢ السنة الثامن عشر - غرة شعبان ١٣٨٤ - ٥ ديسمبر ١٩٦٤ م مجلة لواء اسلام د. على إبراهيم التليح الصناعى فى نظر الدين
- مقال للدكتور حمدي بدوي أستاذ أمراض النساء بطب الأزهر. صحيفة الأهرام فى ٩ أبريل ٢٠٠١ م
- حسان حنحوت - صحيفة الاهرام - ٧ مايو - ٢٠١٠
- صحيفة اخبار اليوم - السبت ١٩ من صفر ١٤٣٠ - ١٤ من فبراير ٢٠٠٩ م باب اسال والعلماء يجيبون - استاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون جامعة الازهر د/ عبد الفتاح ادريس

- صحيفة النبا الوطني الصادرة في ١ / ٤ / ٢٠٠١ ص ٣ - بمجلة القانون والاقتصاد بحث منشور للدكتور- الحق في سلامة الجسم س ٢٩ - محمود نجيب حسنى
- ❖ **قرارات المجامع الفقهية والمؤتمرات والبحوث العلمية** ❖
- تقرير مقدم من كبير الأطباء الشرعيين بمصر. عن المؤتمر الأوربي الأول للتعرف على الجينلت الادمية بمدينة تولوز - فرنسا في الفترة من ٢٩ إلى ٣١ مايو سنة ١٩٩٦
- ندوة الانجاب في دول الاسلام الدكتور حسن حتحات - الدكتور ماهر حتحات الاسلام والمشكلات الطبية المعاصرة -
- قرارات مجلس المجمع الفقهي الاسلامي في دورته السابعة منشور ضمن مؤتمر الانجاب في ضوء الاسلام.
- ندوة الانجاب في ضوء الاسلام - ثبت كامل لاعمال ندوة الانجاب في ضوء الاسلام المنعقدة بتاريخ ١١ - شعبان ١٤٠٣ هجرى - الموافق ٢٤ مايو ١٩٨٣ م - ط ٢ - ١٩٩١ م.
- آراء في التلقيح الصناعي، للشيخ علي طنطاوي، والتي أقامتها منظمة الطب الإسلامي بالكويت المنعقدة في ١١ شعبان سنة ١٤٠٣ هـ - ٢٤ مايو سنة ١٩٨٣ م طبعة ثانية سنة ١٩٩١.
- م. المنظمة الإسلامية للعلم الطبية - سلسلة مطبوعات منظمة الطب الإسلامي اشراف وتقديم د/ عبد الرحمن العوضى.
- مقال في مجلة الأزهر حقوق المريض في الإسلام: للشيخ إبراهيم عطا الفيومي (الأمين العام لمجمع البحوث الإسلامية)، ربيع الأول ١٤٢٦ هـ - ابريل ٢٠٠٥ م.
- ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشرى والعلاج الجينى بالكويت من ١ / ١٠ / ١٩٨٨ م البصمة الوراثية "بصمة الدنا" ومدى حجيتها في اثبات البنوة د/ رزق النجار
- بحث منشور انتفاع الانسان بأعضاء جسم انسان اخر حيا او ميتا، العدد الرابع - ط الاولى ١٩٨٨ م، مجلة مجمع الفقه الاسلامي د/ حسن الشاذلي
- فتاوى إسلامية في قضايا معاصرة - الشيخ / جاد الحق علي جاد الحق ٤٢٨/٣ ، د. يوسف القرضاوي - من هدى الإسلام فتاوى معاصرة ٥٣٣/٢ ،

- بحث منشور في ندوة الإنجاب في ضوء الاسلام للشيخ / علي طنطاوي أراء التلقيح الاستاذ / حامد عوني - المنهاج الواضح في البلاغة وما بعدها نشر مكتبة الجامعة الازهرية طبعة الرابعة (١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م)
- مجموعة الفتاوى الصادرة عن دار الإفتاء المصرية، الجزء التاسع، الفتوى رقم ٣٢٢٠، وأنظر قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الفتاوى الإسلامية من دار الافتاء المصرية - المجلد التاسع
- فتوى مجمع الفقه الإسلامي بجدة - مارس سنة ١٩٩٠م نقلاً عن د/ محمد علي البار - الفشل الكلوي
- أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة - دار النفائس الأردن الطبعة الثالثة ٢٠٠٠م - فتاوى وتوجيهات - دار الصفوة للطباعة الغردقة - الطبعة الثالثة، د/ محمد نعيم ياسين
- بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية بالكويت. فضيلة الشيخ/ محمد المختار السلامي اثبات النسب بالبصمة الوراثية.
- مقال (التلقيح الصناعي من ثمار مسية الطب -) مجلة القافلة السعودية - العدد التاسع - آذار نيثان - ١٩٩١م - د/ محمد علي البار.
- بحث شروط الرضاع المحرم المنشور ضمن العدد السابع عشر من حولية كلية الدراسات الإسلامية للبنين بالقاهرة ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩م، فرج علي السيد عنبر
- بحث بمجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط العدد الثالث عشر - الجزء الأول ١٤٢٢/٢٠٠٠م بعنوان تأجير الأرحام حرام حرام د/ عبد القادر محمد أبو العلا -
- فتوى لادارة الافتاء المصرية سجل ١٠٣ مسلسل ٢١٢ وفقاً لما ورد في د/ احمد شرف الدين " الاحكام الشرعية للاعمال الطبية - احمد إبراهيم - مسئولية الأطباء - مجلة الازهر المجلد ١٩
- المؤتمر الإسلامي الذي عقده المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة سنة ١٤٤٠
- مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١/٥١٥، ٥١٦ طبعة سنة ١٩٨٧م للدكتور محمد علي البار
- المجلة الجنائية القومية - العدد الأول - مارس - ١٩٧١ - المجلد الرابع عشر - د/ رياض الخاني: المظاهر القانونية لعمليات نقل وزرع القلب والتصرف باعضاء الجسم البشري -.

- ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام نظمته المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية الكويت ٢٤ الى ٢٦ مايو، ١٩٨٣. د. محمد نعيم يس.
- القرار الفقهي حول الإنجاب الصناعي الخارجي وبنوك اللقائح والمنى مدلولات اللجنة الفقهية الطبية حول الإنجاب الصناعي
- الفتاوى البزازية مع الفتاوى الهندية ج٢ ص ٥٧ ، ٥٨
- في جريدة الدستور الاردنية العدد (١٠٤٦٤) تاريخ ١٩٩٦/١٠/٩ بعنوان (الإخصاب الصناعي. المتجانس). رأي المطران سليم الصايغ مطران طائفة اللاتين بالاردن
- الموسم الثقافي/١٩٩٨ - ١٩٩٩ م/الكتاب الرابع لجمعية المقاصد الخيرية الإسلامية/المديرية العامة للشؤون والخدمات الإجتماعية/دائرة المساجد والخلايا/ محاضرة طفل الأنبوب.. المطران بشارة الراعي
- محاضرة الحوار الإسلامي المسيحي في مجال الأخلاقيات الطبية التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب بين المواقف الدينية والبحث الانثروبولوجي والأخلاقي / الأب نادر ميشيل اليسوعي
- ندوة التلقيح الاصطناعي المتجانس وغير المتجانس / سلسلة "الندوات الإسلامية المسيحية" جامعة القديس يوسف / معهد الدراسات الإسلامية المسيحية / بيروت / دار المشرق / ط١ /.
- مقال الارانب حملت الأبقار - مجلة العربي - د / عبد المحسن صالح - ع ٢٤٢ يناير ١٩٧٩ م
- مقال بنوك الحرام تطور نشاطها - المسلمون - السنة الثالثة - الجمعة ١ من ربيع الأول - ١٤٠٨ هجرية.
- مقال طبيب ايطالي يزعم نجاحه في استنساخ البشر - ٦ - ٤ - ٢٠٠٢ م
- مقال بدا محادثات مسودة اتفاقية دولية لحظر الاستنساخ، وكالات، رويترز. ٦ - ٤ - ٢٠٠٠ م
- دار الافتاء المصرية - مصدرها مركز الأبحاث الشرعية - تاريخ ٢٠٠٧/٨/٢٠ - موضوعها تأجير الأرحام
- بحث منشور بمجلة العربي - عدد ٣٢ يوليو سنة ١٩٨٥ د - أنيس فهمي - العقم عند النساء.
- بحث مقدم الى ندوة الضوابط الاخلاقية في تطبيق تقنية الاخصاب الطبى المساعد فى علاج العقم بجامعة الازهر سنة ١٩٩٧ أحمد الجابري - تقرير للدكتور: سيد عزب عن الانجاب الصناعي مقدم فى ندوة الاساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائى بجامعة القاهرة سنة ١٩٩٣ .. - أحد أساتذة.

- الطب المتخصصين : طفل الانبواب والانبجاب الصناعى .
- منشور فى دورية C. F. E. E. S - رقم ٣٥ لسنة روبلين دفيشى الام البديلة النوع الاول والثانى.

ثانياً: المراجع الأجنبية

❖ المراجع باللغة الانجليزية ❖

- Abigail Haworth, Surrogate Mothers: Womb for Rent, Marie Claire, Aug.22, 2007, available at <http://www.marieclaire.com/world/articles/womb-rent-india-7>
- ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 42 Fam L.Q. vii, Editor's Note (2008) (stating that over the last twenty years, ARTs have not been consistently regulated by the states.
- ABA Model Act Governing Assisted Reproductive Techniques, 25 Fam. L.Q. s 101, s 102(1), at 175 (2008) [hereinafter ABA Model Act].
- ABA Model Act, Prefatory Note, at 171. The Model Act specifies that it is not the intent of the Act to "conflict with or supersede provisions of the Uniform Parentage Act
- Both the King James version and the New American standard version have Sarah issuing her intent in the first person.
- Butter Worths, Children Act 1975 s.,85 .
- Cusine.....المشاكل القانونية عن الإنجاب الصناعى بواسطة الواهب : D " AID and the law " 1975 ، j Med Ethics 39، WheianD،D " the law and artifical insemination with donor semen " 1978، j Med Austral56. shaman331 wal maf j 18 noitan JM Legal aspects of artificial insemi . ، 1979،
- Catherine Delair, Ethical, Moral, and Legal Barriers to Assisted Reproductive Technologies Employed by Gay

Man and Lesbian Women, 4 DePaul J. Health Care L (2000).

- Charles P. Kindregan Jr. & Steven Snyder, Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, 42 Fam. L.Q. 203, 220 (2008).

Surrogate mother information. Center for surrogate parenting inc -<http://www.creatingfamilies.com/info.html>

- Deidre Hall .com . on line chat . Dec . 10. 1995 . [http://www.deidrehall.com/chats/oprah chat .cfm](http://www.deidrehall.com/chats/oprahchat.cfm) Last visited jon . 23 . 2009).
- Debra J. Baselton & Maxine Weiss Kunz, Non-Traditional Families and Alternative Family Building: Securing Parental Rights for Intended Parents, 20 DCBA Brief 30, 30(2007).
- Darra L. Hofman, 'Mama's Baby, Daddy's Maybe:' A State-By-State Survey Of Surrogacy Laws And Their Disparate Gender Impact, 35 Wm. Mitchell L. Rev. 449 (2009), for the fullest and most recent discussion of surrogacy on a state by state basis.
- Daniel Goldman, Studies Find No Disadvantage in Growing Up in a Gay Home, N.Y. Times, Dec. 2, 1992, at C14).Doctors, patients and the law, Clare Dyer, 96 -
- Elly Teman,"knowing"the surrogate Body in Israel, in surrogate Motherhood: international perspectives, (Rachel Cook et al.eds., 2003) ciba clinical symposia 28 (5) 1976 :the infertile couple :- Evaluation and treatment.
- Fleming, Mason and McCall Smith, op.cit., 230., Skegg, op.cit, 103., Lewis,
- Gagandeep Kaur, Oustourcing a Womb, The Hindu Business Line, Apr. 6, 2007, at Life-4, available at <http://>

www.blonnet.com/life/2007/04/06/stories/2007040600190400.htm (Last Visited Mar. 31, 2009).

- Gilles Cuniberti, Flying to California to Bypass the French Ban on Surrogacy, Conflict of Laws.net, Nov. 5, 2007, <http://www.conflictoflaws.net/2007/jurisdiction/flying-to-california-to-bypass-the-french-ban-on-surrogacy>
- Generally keving Tuininga, The Ethics of surrogacy Contracts and Nebraska's Surrogacy Law, 41 Creighton L. Rev. 185 (2008).
- Gene Dodd, surrogacy and the the Law in Britain ; users perspectives, in Surrogate Motherhood ; International Perspectives 113 – Rachel Cook et al eds ., 2003
- Henry chu, wombs for Rent, cheap, L.A. Times, Apr.19, 2006,
- Hamilton .Boyd Mossman: Human Embryology. 4 th Edition Longman j Medical Embryology 1975
- Interview by Deborah Norville with Joan Lunden, Deborah Norville Tonight (MSNBC television board cast may,4,2004) available at <http://www.msnbc.msn.com/id/5014340>
- In re Baby M, 537 A. 2d 1227, 1234 (N.J.1988)
- In re Adoption of Paul, 550 N.Y.S.2d (N.Y. Fam. Ct. 1990). The New York court similarly held that a surrogacy contract would only be upheld if the surrogate agreed not to accept compensation because "compensation direct to the mother for her 'services' in carrying and giving birth to the child" was not permitted under the state's anti-baby-selling statute
- In re Adoption of Paul , 550 N.Y.S.2d 815,819 (N.Y.fam.Ct. 1990). Medical Law,- Ian Kennedy and

Andrew Grubb- In re adoption of Sebastian, 879 N.Y.s.
(N.Y.sur.ct. 2009)

- Islam and family planning /ahmed Elshrabasy ph.d/al-Ahar univirsty /alahram printing hose.
- Joseph schenker,legitimising surrogacy in Israel: Religious perspectives, in surrogate motherhood: international perspectives (Rachel Cook et al.eds.,2003)
- Jerald V. Hale, From Baby M to Jaycee B'.: Fathers, Mothers, and Children in the Brave New World, 24 J. Contemp L. 335, 369 (1998).
- Johnson v. Calvert, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).
- John A. Robinson, Gay and Lesbian Access to Assisted Reproductive Technology, 55 Case W. R (2004).
(Quoting Hill, What Does it means to be a 'parent'? The claims of Biology as the basics for parental rights, 66N.Y.U.L.Rev.353, 415(1991). jean louis and catherinc labrusse riou op.citp116 -the new origin's of life tine sept 10-1984
- Katherine Drabimk et ai., Ethics, Law, and Commercial Surrogacy: A Call for Uniformity, 35 J.L. Med. Ethics 300,301 (2007).
- katy Ruth Klinke, The Baby M Controversy: A Class Distinction, 18 Okla. City U.L. Rev. 113, 115 (1993) (giving several examples).
- Lorraine Ali & Raina Kelly, The Curious lives of Surrogates, Newsweek , Apr 7, 2008 at 47 available at <http://www.newsweek.com/id/129594>Marshall v. Curry, [1933] 3 D.L.R 260. -
Mason and McCall Smith, op.cit., 230., Skegg, op.cit, 102., Lewis
- Medical Law, lan kennedy and Andrew Grubb.

- Mahendra kumar Singh, New Laws to Rein in Womb Business, The Times of India Oct. 31 , 2007 [http \ timesofindia.Indiatimes.com/articaleshow/2503791.cms](http://timesofindia.Indiatimes.com/articaleshow/2503791.cms)(last visited jan 14,2009)
- Oprah.com, Wombs for Rent: Journey to Parenthood, [http://www.oprah.com/slideshow/ world/ globalissues/slideshow1 sshealth1009_284/5](http://www.oprah.com/slideshow/world/globalissues/slideshow1sshealth1009_284/5).
- Peter R. Brinsden, Clininal Aspects of IVF Surrogacy in Britain, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 99, 100(Rachel Cook et al. eds., 2003).
- Polly Morrice, Children on Demand, N.Y.Times, Apr. 22/2007 at 7-16, available at [http://www.nytimes. Com/2007/04/22/ books/review/Morrice.t.html](http://www.nytimes.Com/2007/04/22/books/review/Morrice.t.html)
- Rhona schuz ,Surrogacy in Israel: An Analysis of the law in practice, in surrogate Motherhood: international perspectives (Rachel Cook et al.eds.,2003)
- Revised standard version ,catholic Edition ,Catholic Edition
- Reproductive Medicine Associates of New jersey, Treating infertility: Gestational surrogate <http://www.rmanj.com/gestational carrier.html> (last visited jan 23,2009)
- Radhika Rao, Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence, in Surrogate Motherhood: International Perspectives 23 (Rachel Cook et al. eds., 2003).
Surrogacy Arrangement, Act, 1985 -Stat laws (for more information please visit -[www. Hrc . org](http://www.Hrc.org) or <http://allaboutsurogoc.com/surrogacglaws.htm>
- Surrogate Parenting Assocs. v. Commonwealth, 704 S.W.2d 209, 216 (Ky. 1986) (Wintersheimer, J.,

dissenting) David W. Meyers. The human body and the law -

- Ted Peters, Surrogate Motherhood: An Ethical Puzzle, in For the Love of Children: Genetic Technology and the Future of the Family 59-60 (Don R. Browning & Ian S. Evison ed., 1996).
- The court explained that "the first stated purpose of the previous adoption act... [is] to protect the child from unnecessary separation from his natural parents... While not so stated in the present adoption law, this purpose remains part of the public policy of this State.
- Thomas L. Friedman, The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-first Century (picador 2007) (2005).
- The Registration of dnaltocs 1965 tca segairra M Births deathsand, the Births and deaths Registration act 1953(u.k).
- Uday Mahurkar donating a Womb, India today, Sept. 13, 2007, at 56, available at http://Indiatoday.digitaltoday.in/index.php?option=com_content&Itemid=1&task=view&id=1174§ionid=25&issueid=12&page=archieve (last updated June 4, 2008).
- Vanessa S. Browne-Barbour, Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?, 26whittier L.Rev.429,430,435-36 (2004).
- Warnnock Mary (chairman) Report of theCommittee of inquiry into human Fertilization and Embryology cmnd 9314) 1984 . HMSO-London.
- Worlds First Test-Tube Baby Is pregnant, Daily Mail , July 10, 2006 http://www.dailymail.co.uk/pages/live/articles/news/news.html?In_article_id=394894&in_page_id=1770 (last visited Mar. 31, 2009).

❖ المراجع باللغة الفرنسية ❖

- Ahmed charaf El-Din : Droit de la transplantation d'organes, -Etude comparative.. Paris 1975.
- A Decocq Essai d. une therorie generale dez droits sur la personne . these paris 1960
- Aspects Juridiques de la maternite par substitution, (c) 1999, Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante. Avis sur les problemes ethiques nes des techniques de reproduction artificielle. Rapport. 23 octobre 1984
- BYK C La recherché sur l' embryon humain –jcp ed. G 96,1 , 3949.et, L'embryon jurisprudentiel , Gsz.pal, 24\10\1997,.
- C. NEIRINCK, L' embryon humain , la question en apparence sans re ponse de la bioethique, petites Affiches 9 mars 1998.
- Comite,(C) 1999(1) Aspects Juridiques de la maternite par substitution consultatif national d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante.avis sur les problemes esthiques nes des techniques de reproduction artificielle.Rapport. 23 octobre 1984.
- Document de travail sur les problemes ethiques poses par le recours aux" meres de substitution" (c) 1999, Comite Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la sante
- Fagot –Largeaultet et Genevieve- Delaisi"Les droits de L' embryon (foetus) humain et la notion de personne humain potentielle ",Revue de metaphysique et de Morale, 1987 ,n3.-Geller (cacha) "Meres porteuses, oui ou non, 1991
- H. BYK: La loi relative au respect du corps humain, J.C.P, Ed. (1994)

- J.R Devich "les preuves scientifiques et le contentieux de la filiation" Rev. trim.dr.civ 1983..
- Michele Harichaux "L'assurance et le maternite par substitution" RTDC. 1985.
- H enri Anrys ; Les Professions Medicales et Paromedicales Dans le Marche Commun
- Bruxelles, 1979 , , M.M.F . Heger , Gilber et P.
- Huet – weillier (D) "le droit de filiation face aux nouveaux modes de procreation " Rev – de metaphysique de moral . 1987.
- Josserond le corps humaine dans la commerce juridique D. 1932
- M, Dekkers, le corps humain et le droit, travaux H. capitant 1975 T.xxvi.
- Mandelbaum –"Genertion epreuvette – P – M – A" 1991
- Snawden Retmitchell. G.D. "la Famille Artificieile 1984 – Surrogacy Arrangement" "L'enfant Esclave" 1987
- Maurice Torrelli, Le medecin et les droits del' homme 1983 -Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes (1969).
- NEIRINCK L' embryon human ou la question en apparence 9 Mars 1998 ,petites AFFiches , re ponse de la bioethique.
- P. J. DOLL. panorama de la recente jurisrudence francaise concernant la responsabilite medicale enmatiere de chirurgie esthetique, Gaz. Pal. 24 oct. 1948;
- Rene Savatier Les problemes juridiques des trans plantations d'organes humains. J.C.P. Paris. (1969)
- Thierry Vansweevelt: La Responsabilite Civile du Medecin et de l'Hopital, 1996, Bruylant, Bruxelles,
- X – Avier Labbe, "L'insemination artificielle pratquee après la mort du donneur", gaz. Pal, 1984.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٧	المقدمة
٢٥	فصل تمهيدي .. ماهية إيجار الرحم
٢٦	المبحث الأول : مشكلة تأجير الأرحام
٢٧	المطلب الأول : مفهوم الرحم
٢٧	أ- مفهوم الرحم في القرآن الكريم
٣١	ب- الوصف الفسيولوجي للرحم
٣٢	ج- وصف تكوين الجنين في القرآن الكريم
٣٣	د- المصطلحات الخاصة بخلق الجنين في الرحم
٣٥	هـ - هل الرحم المستأجر لحساب الغير (الظئر) يؤثر في صفات الجنين أو الموروثات (الجينات) التي يحملها؟
٣٦	المطلب الثاني: تاريخ وتطور إستئجار الأرحام
٣٨	الفرع الأول: عودة الغرب في العصر الحديث إلى ما كانت عليه الجاهلية
٥٢	الفرع الثاني: التطور التكنولوجي للإنجاب الصناعي
٦٢	المطلب الثالث: تزايد ظاهرة تأجير الأرحام
٦٢	الفرع الأول: الأسباب الدافعة الى تأجير الأرحام
٦٢	أ- بالنسبة الى مؤجرات الأرحام
٧٤	ب- العقم عند الأزواج
٧٥	ج- الأسباب التي أدت إلى إمكانية تقبل ظاهرة تأجير الأرحام في العرف الاجتماعي لدى الفقه المقارن
٧٧	الفرع الثاني : إنعكاسات مشكلة تأجير الأرحام
٨٢	أ- هل ساعدت فكرة الحرية المطلقة ظهور إستخدام الأرحام
٨٣	ب- كيفية ممارسة بيزنس تأجير الأرحام
٨٩	المبحث الثاني: الإنجاب الصناعي

	المطلب الأول: تلقيح ببيضة الزوجة بمنى زوجها فى داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة "فسيولوجيا حمل طفل الأنبوب"
٩٢	
	الفرع الأول: حكم تلقيح ببيضة الزوجة بمنى زوجها فى داخل أنبوب ثم أعادتها لرحم الزوجة
٩٧	
٩٧	أ- الرأى الاول: حرمة الإنجاب الصناعى مطلقا.....
١٠٠	ب- الرأى الثانى: إباحة الإنجاب الصناعى بين الزوجين.....
	ج- الشروط اللازمة لتوافر الضوابط الشرعية لإباحة الإنجاب الصناعى.....
١٠٣	
	الفرع الثانى: رأى فقهاء الشريعة الاسلامية القدامى فى الحكم على الإنجاب الصناعى
١٠٥	
	الفرع الثالث: موقف الشريعة المسيحية فى الإنجاب الصناعى بين الزوجين
١١١	
١١٢	المطلب الثانى: الإنجاب الصناعى بين غير الزوجين (الإستعانة بالواهب)
١١٢	أولاً: الإنجاب الصناعى عن طريق التبرع بالبيضة المؤنثة أو بمقابل
	ثانياً: الإنجاب الصناعى بين نطفة ذكرية لواهب لا يربطه بالمرأة رابطة زوجية
١١٣	
	الفرع الاول: التقييم القانوني لوضع الطفل الناتج من تلقيح نطفة ذكرية (واهب لا يربطه بالمرأة رابطة زوجية)
١١٥	
١١٥	أولاً: هل اتفاقيات ما قبل الحمل فى مصلحة الأطفال؟
١١٦	ثانياً: المشاكل المترتبة على هذا النوع من الإنجاب
	الفرع الثانى: الموقف الفقهي والقضائي الفرنسي من الإنجاب الصناعى بين نطفة ذكرية لواهب لا يربطه بالمرأة رابطة زوج
١١٧	
	الفرع الثالث: موقف التشريعات المقارنة من الاستعانة بواهب فى الإنجاب لأحدى الزوجين
١٢٢	
١٢٢	أولاً: التشريعات المقارنة المؤيدة لتبرع الغير بنطفة لمساعدة الزوجين.....
	ثانياً: التشريعات المقارنة المعارضة لتبرع الغير بنطفته لمساعدة الزوجين أو الصديقين
١٢٦	

الفرع الرابع: موقف الشرائع السماوية من الاستعانة بواهب فى	
الإنجاب لأحدى الزوجين	١٢٦
أولاً : موقف الشريعة الإسلامية من الاستعانة بواهب فى الإنجاب	
لأحدى الزوجين	١٢٦
ثانياً : موقف الديانة المسيحية واليهودية من الاستعانة بالواهب فى	
الإنجاب لأحد الزوجين	١٢٨
الفرع الخامس : موقف المشرع المصري من الاستعانة بالواهب فى	
الإنجاب لأحدى الزوجين	١٢٨
المطلب الثالث: حكم تلقيح امرأة أجنبية بمنى رجل أجنبى خارجياً ثم	
زراعته فى رحم امرأة أجنبية	١٣١
أ- حكم هذه الصورة	١٣١
ب- رأى القانون الفرنسى فى نظام التبني الممنوح للزوجين	١٣٣
ج - ماذا يحدث لو: ظهر أحد ابوين اللقيط ولا سيما أن الشخص	
المتبنى أخذ هذا الطفل بالطرق القانونية و القنوات الشرعية لتبنى	
هذا اللقيط ؟	١٣٥
المطلب الرابع : الإنجاب الصناعي بين الزوجين بهدف تحديد نوع الجنين	
(فسولوجيا تحديد نوع الجنين)	١٣٦
١ - موقف الشريعة الإسلامية من الإنجاب الصناعي بين الزوجين أو	
(وصاحبة الرحم المستاجر) بهدف تحديد نوع الجنين	١٣٦
٢ - معطيات الاعجاز الطبى لعملية تحديد نوع الجنين مأخوذة من	
القرآن الكريم وليس ابتكاراً بشرياً أو علمياً	١٤١
الباب الأول	
مشروعية التعامل على الرحم	١٤٥
الفصل الأول	
موقف الشريعة الإسلامية من إستخدام الرحم	١٤٩
المبحث الأول: الفقه الإسلامى القائل بإباحة إستخدام الرحم	١٥١

الصفحة	الموضوع
١٦٤	المبحث الثاني : الفقه الأسلامي القائل بحظر إستخدام الرحم.....
١٧٧	المبحث الثالث : موقف الفقه الإسلامى من إستخدام رحم الضرة.....
١٨٧	المبحث الرابع : ماهية المصلحة المرتبطة بإستخدام الرحم.....
	أولاً : هل المصلحة المترتبة على عملية التأجير من المصالح التى اعتبرها الشارع أم من المصالح التى الغاها أم من المصالح المرسلة التى سكت عنها الشارع ؟
١٨٧	١ - المقصود بالمصالح التى اعتبرها الشارع.....
١٨٨	٢ - مدى تكييف المصالح والمفاسد المترتبة على ممارسة عمليات إستخدام الأرحام
١٨٩	٣ - المصالح المترتبة على عملية إستخدام الرحم.....
١٨٩	٤ - هل عمليات أستخدام الأرحام تتوافر فيه شروط المصلحة المرسلة
١٩٠	٥ - المفاسد المترتبة على عملية إستخدام الأرحام.....
١٩٢	ثانياً : الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة على الإنجاب بوسيلة إستخدام الأرحام من وجهة نظر الباحث
١٩٣	١ - هل تعد عملية إستخدام الأرحام مباحة بناء على نتائجها إذا تحققت المصلحة أم ينبغى أن تبحث كل حالة على حده ؟
١٩٤	٢ - هل ننظر للمرأة المستأجر رحمها فى جسدها بالكامل باعتبارها انسان أم لبضعها فقط كعضو فى هذا الجسد ؟
١٩٥	٣ - ما مدى تحقق مصلحة الزوج على بضع أمراته وهل اقتصار حق التصرف فى الرحم على الأنثى فقط ؟ بمعنى هل يحق لأحد الزوجين تقاضى الآخر عند رفضه للإنجاب بطريقة إستخدام الأرحام ؟
١٩٦	المبحث الخامس : موقف الشريعة المسيحية من إستخدام الرحم.....
١٩٩	الفصل الثانى
٢٠٥	موقف القانون الوضعى من إستخدام الرحم
٢٠٩	المبحث الاول : النظم القانونية المؤيدة لإستخدام الرحم

الصفحة	الموضوع
٢٠٩	(أ) أسبانيا
٢١٠	(ب) الولايات المتحدة الأمريكية
٢١٣	(ج) فوائد إستخدام الرحم التجاري فى الهند
	(د) اكتشاف صراعات عالمية حول قوانين استخدام الأرحام لصالح الغير
٢٢١	(هـ) إسرائيل كنموذج ناجح لتنظيم استئجار الرحم
٢٢٤	المبحث الثانى: النظم القانونية المعارضة لإستخدام الرحم
٢٣٤	(أ) القانون الفرنسي
٢٣٧	(ب) القانون الالماني
٢٣٨	(ج) القانون البريطاني
٢٤٠	(د) القانون السوداني
٢٤١	(هـ) الولايات الأمريكية التى حظرت من إستخدام الأرحام لصالح الغير
٢٤٥	(و) موقف الفقه القانوني المصري
٢٤٨	المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء من إستخدام الرحم
٢٤٨	المطلب الأول: موقف الفقه من إستخدام الرحم
٢٤٨	الفرع الأول: موقف الفقه الفرنسي المؤيد إستخدام الرحم
٢٤٨	١- أسانيد الاتجاه المؤيد لهذه الوسيلة
٢٥٢	٢- تكييف عمليات تأجير الأرحام على فكرة التضامن الاجتماعي ...
٢٥٣	٣- مجافاة عملية تأجير الأرحام لنصوص الدستور المصري
٢٥٥	الفرع الثاني: موقف الفقه الفرنسي المعارض لإستخدام الرحم
	أ- نظرية السبب الغير مشروع كأساس لحظر عمليات إستخدام الأرحام لصالح الغير
٢٥٦	ب- هل عملية إستخدام الأرحام تتوفر فيها عنصر الضرورة الذى يجعل من شأنه أباحتها ؟
٢٦٠	ج- تقييم القضاء الفرنسي فى تطبيقه لنظرية السبب
٢٦٢	المطلب الثاني : موقف القضاء المقارن من إستخدام الرحم

الصفحة	الموضوع
٢٦٣	القضية (١)
٢٦٩	القضية (٢)
٢٧٠	القضية رقم (٣)
٣١٣	الفصل الثالث
	حكم نقل عضو الرحم
٣١٤	المبحث الأول : التكييف القانوني للمنتج التناسلي لجسد الإنسان
	المطلب الأول : انفراد منتجات الخلايا التناسلية عن باقي منتجات الجسد
٣١٦	الإنساني
٣١٧	أولاً : تصنيف المنتجات التناسلية لجسد الإنسان ضمن الأشخاص
٣٢٣	ثانياً : تصنيف المنتجات التناسلية لجسد الإنسان ضمن الأشياء
٣٢٦	ثالثاً : نطفة الأمشاج لا تعد شخصاً إنسانياً
	المطلب الثاني : مدى أحقية الإنسان في التصرف على نطفة الآدمية
٣٢٨	وأعضائه التناسلية
	الرأي الأول : التصرف في الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية حق
٣٢٨	إرادي للإنسان
	الرأي الثاني : التصرف في الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية مصلحة
٣٣٣	يكفلها القانون
	الرأي الثالث : أحقية التصرف في الأعضاء التناسلية والنطف الآدمية من
٣٣٥	الحقوق اللصيقة بالشخصية
	المطلب الثالث : سلطة صاحبة الرحم في ممارسة حقها على سلامة
٣٤٠	جسدها
٣٤١	أ - الاتجاه الفردي للحق في سلامة الجسد
٣٤٣	ب - الاتجاه الاجتماعي للحق في سلامة الجسد
٣٤٨	المطلب الرابع : موقف الفقه الفرنسي من تداول النطف الآدمية
٣٥٤	المطلب الخامس : الحماية الجنائية للبيضة المخصبة
٣٦٣	المبحث الثاني : طبيعة العلاقة عند نقل عضو الرحم

الصفحة	الموضوع
٣٦٤	أولاً : التكييف القانوني لعضو الرحم ضمن أعضاء الجسد الإنساني.....
٣٦٦	ثانياً : تصنيف الرحم ضمن أعضاء التناسل غير الناقلة للوراثات من النطاق الذي وضعه الفقه للأعضاء البشرية الجائز نقلها.....
٣٧٤	المطلب الأول : موقف القوانين المقارنة من نقل عضو الرحم.....
٣٧٧	المطلب الثاني: موقف القوانين العربية من التعامل على الأعضاء التناسلية
٣٨١	المطلب الثالث: موقف القانون المصري من نقل الرحم
٣٨١	أولاً : رأى فقهاء القانون حول مدى مشروعية نقل الرحم
٣٨٧	ثانياً : التطور التشريعي لقانون نقل وزراعة الأعضاء البشرية.....
٣٩٢	ثالثاً : حكم التعامل على نقل الرحم فى القانون الجديد.....
٣٩٥	رابعاً : الضوابط التى تنظم نقل الأرحام فى ظل قانون نقل الاعضاء الجديد رقم "٥" لسنة ٢٠١٠
٤٠٣	الباب الثانى
	أحكام التعامل على الرحم
٤٠٩	الفصل الاول
	الطبيعة القانونية للتعامل على الرحم
٤١١	المبحث الاول: طبيعة العلاقة بين المتعاملين على الرحم
٤١١	أولاً : هل يمكن أن نخلع علي الإتفاق بين أطراف التعامل على الرحم لفظ تنازل أم لابد من إفراغه فى قالب عقدى ؟
٤١٦	ثانياً : النموذج العقدى الذى يتم الإتفاق عليه فى عمليات إستخدام الأرحام لصالح الغير.....
٤١٧	المطلب الأول : التعامل على الرحم والبيع
٤٢٣	المطلب الثانى: التعامل على الرحم والمقاولة
٤٢٥	المطلب الثالث: التعامل على الرحم و العمل والمساواة فى الشريعة الإسلامية
٤٣٠	المطلب الرابع: التعامل على الرحم وعقد الرضاع.....

الصفحة	الموضوع
٤٣٧	المطلب الخامس: التعامل على الرحم والإيجار.....
٤٤٧	المطلب السادس: التعامل على الرحم والوديعة.....
٤٤٩	المطلب السابع: التعامل على الرحم والعارية.....
٤٥١	المطلب الثامن: التعامل على الرحم والوكالة.....
٤٥٢	المطلب التاسع: علاقة إستخدام الرحم عقد من نوع خاص.....
٤٥٥	المبحث الثاني: طبيعة العلاقة مع الطبيب.....
٤٥٦	المطلب الأول: التعامل على الرحم وعقد العلاج.....
٤٦٦	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب فى عقد العلاج الطبى.....
٤٦٦	أولاً: ماهو مصدر إلتزام الطبيب تجاه أطراف علاقة الرحم المستأجر فى عقد العلاج الطبى ؟.....
٤٦٨	ثانياً: ماهية الحقوق والواجبات التى تترتب على العقد المبرم بين الطبيب والزوجين ؟.....
٤٧٤	المطلب الثالث: مسئولية الطبيب القائم بالعملية.....
٤٨٧	المطلب الرابع: علاقة الاطراف بالطبيب والمستشفى عقدا من نوع خاص
٤٩٣	الفصل الثانى
٤٩٤	المركز القانونى للأطراف (حقوق والتزامات الأطراف)
٤٩٩	المبحث الاول: حقوق المرأة صاحبة الرحم.....
٥٠١	المبحث الثانى: إلتزامات صاحبة الرحم.....
٥٠١	المطلب الأول: إلتزام صاحبة الرحم المستخدم بتسليم المولود لأصحاب النطف.....
٥٠٢	أ- القياس على حالة عدم قيام المؤجر بالتسليم بسبب هلاك العين
٥٠٣	ب- القياس على حالة عدم قيام المؤجر بالتسليم بسبب لا يرجع إلى هلاك العين.....
٥٠٤	ج- عقد موازنة على السلطة المخولة بين كلا من حق المتفع وحق المستأجر على صاحبة الرحم المستأجر.....
٥٠٦	المطلب الثانى: الإلتزام بالرعاية والحفاظ على الجنين.....

الصفحة	الموضوع
٥٠٧	حكم المرأة المنفردة
٥٠٧	حكم المرأة المتزوجة
٥٠٨	المطلب الثالث: ضمان عدم التعرض الصادر من صاحبة الرحم
٥١٠	المطلب الرابع: الأمتناع عن كل ما يضر بالجنين
	أ- ما حكم التلف الذى يقع على الجنين تحت يد الأم بالرحم باعتبارها يد الضمان بسبب أجنبى كإصابة الأم بالرحم بفيروس (C) بعد غرس النطف برحمها ؟
	ب- هل يحق للزوج أن يعقد عقد إيجار رحم زوجته أى أن يؤجر رحمها للغير بموجب عقد الزواج الذى يعطى له الحق فى حل الاستمتاع والنسل تحت علمها وموافقتها وهل يختلف الأمر لو عقدته هى بنفسها ؟
٥١٣	ج - هل من حق صاحبة الرحم التنقل والسفر بعيدا عن صاحبي البويضة والنطفة أم حقهما إستصدار أمر بمنعها من السفر والتنقل دون الرجوع إليهما فى حال خوفها بهروبها بالجنين ؟
٥١٤	المبحث الثالث : مدى إمكانية تطبيق الجزاء المدنى جزاء مخالفة أطراف علاقة الرحم لشروط العقد
٥١٧	١ - التكيف الملائم لعقود استئجار الأرحام ضمن تقسيمات العقود من حيث صحتها
٥١٨	٢ - طبيعة التزام المؤجر هل هو التزام عقدي أم أنه ذات طبيعة تقصيرية
٥٢٤	٥٢٤
٤٢٧	الفصل الثالث
	المركز القانونى للوليد (حقوق الوليد)
٥٣٠	المبحث الأول: النسب
	المطلب الأول: موقف القوانين الوضعية والفقه والاسلامى من دعوى إنكار النسب
٥٤١	أولاً: موقف القانون الفرنسى تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد المتخلق من رحم زوجته بنطفة غيره
٥٤٣	٥٤٣

	ثانياً : موقف القانون المصري تجاه حق الزوج فى إنكار نسب الولد
٥٤٦ المتخلق فى رحم زوجته بنطفة غيره
٥٦٠	المطلب الثانى : طرق ثبوت نسب ابن الرحم
٥٦١	أولاً : فى حالة إذا كانت صاحبة الرحم المستأجر متزوجة
٥٦٣	ثانياً : فى حالة إذا كانت المرأة صاحبة الرحم المستأجر ليست ذات زوج
٥٦٥	ثالثاً : شروط ثبوت صحة نسب الوليد من الرحم البديل
٥٧٠	المطلب الثالث : البصمة الوراثية
٥٧١	أ- ماهية البصمة الوراثية "بصمة الدنا"
٥٧١	ب- التدابير الواجب توافرها فى خبير البصمة الوراثية لإثبات الأبوة..
٥٧٢	ج- نماذج من التطبيقات الهامة لاستخدامات البصمة الوراثية
٥٧٤	د- المشاكل والصعوبات التى تواجهه تقنية البصمة الوراثية
	هـ - السوابق القضائية المستعينة بتحليل البصمة الوراثية فى القانون
٥٧٥	الوضعي
٥٧٧	و- موقف الفقه والاسلامى فى ثبوت النسب بالبصمة الوراثية
٥٨١	المطلب الرابع: آراء العلماء فى نسب المولود من الرحم المستأجر.....
٥٨٨	الفرع الاول: فى نسب المولود من جهة الأم
٥٨٨	أولاً : مدى إمكانية نسب المولود إلى المرأة صاحبة الرحم المستأجر.....
٥٩٤	ثانياً : مدى إمكانية نسب المولود إلى المرأة صاحبة البويضة.....
	ثالثاً : حكم المصاهرة بين المولود بأمه صاحبة الرحم أو أمه صاحبة
٦٠٣	البويضة
٦٠٥	الفرع الثانى : بالنسبة للنسب من جهة الأب
٦٠٥	أولاً : آراء العلماء حول نسب المولود جهة الأب
٦٠٨	ثانياً : حكم المصاهرة بين المولودة بصاحب النطفة الذكرية.....
٦١١	ثالثاً : سقوط حق الزوج فى ملاعنة زوجته المؤجرة لرحمها.....
٦١٥	المطلب الخامس: المشكلات المترتبة على مسائل ثبوت النسب
	أولاً : العوامل المؤدية إلى بروز المشاكل المترتبة على ثبوت النسب من
٦١٧	عمليات استخدام الأرحام

	ثانياً نموذج من واقع المشاكل المترتبة على عمليات إيجار الرحم الخاصة
٦٢٣	بنسب المولود.....
٦٢٤	ثالثاً سوابق القضاء الأمريكى المترتبة على أثر التعامل على الأرحام.....
٦٢٨	المبحث الثانى : الآثار التى تترتب على ثبوت النسب.....
٦٣٠	المطلب الأول : الميراث.....
٦٤٠	المطلب الثانى : الحق فى الحضانة.....
٦٤١	أ - صاحب الحق فى الحضانة.....
	ب - مناقشة الشروط الداعية لثبوت الحق فى حضنة ابن الرحم
٦٤٢	المستأجر.....
٦٤٦	المطلب الثالث : الرضاعة.....
	أولاً : هل من سلطة الزوج أو القضاء إجبار الأم بالرحم على الإرضاع
٦٥١	المولود المتخلق بنطفة الغير.....
٦٥٦	ثانياً : على من تجب نفقة الرضاعة للمولود من الرحم المستأجر ؟
٦٥٦	ثالثاً : أسباب عدم جواز استئجار الأم على الرضاع حال قيام الزوجية ؟
٦٦٠	رابعاً : أحكام رضاعة المولود من الأم البيولوجية (الجينية).....
	خامساً : ماذا يحدث إذا اختلفت الديانة بين صاحبة الرحم والأبوين إذا
	كانت صاحبة الرحم مسلمة وأصحاب النطفة أو كلاهما
٦٦٦	يدينان ديانة غير الاسلام ؟.....
٦٦٦	المطلب الرابع : بعض التطبيقات الهامة على حقوق ابن الرحم المستأجر...
٦٦٦	الفرع الاول : الضمانات الدستورية لحقوق الطفل الغير شرعي.....
٦٧٤	الفرع الثانى : الحالة المدنية لابن الرحم البديل.....
٦٨٧	الخاتمة : وتتضمن ما توصل اليه الباحث من نتائج والتوصيات.....
٦٨٧	الملحق.....
٦٧٨	- النظام القانونى لتأجير الرحم فى الولايات المتحدة الأمريكية
	- مدى إرتباط القاعدة القانونية فى تطبيق الشريعة الإسلامية وأثر
	ذلك فى التعامل مع الرحم بإعتباره من المستجدات والوقائع
٧٠٩	والنوازل المستحدثة.....

الصفحة**الموضوع**

	- موقف المجامع الفقهية من جراء عمليات الإنجاب بوسيلة تأجير
٧٢٩	الرحم
٧٣٢	النتائج العامة
٧٣٨	التوصيات
٧٤٩	المراجع
٧٤٩	أولاً: المراجع العربية
٧٦٢	ثانياً: المراجع الأجنبية
٧٧١	المحتويات

٢٠١٢/٧٩١٦	رقم الإيداع
I.S.B.N	الترقيم الدولي
978-977-328-950-3	



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوتير - الأزارطة الإسكندرية ت : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail. : dargamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

إيجار الرحم

دراسة مقارنة



دكتورة
هيام اسماعيل السحماوى
دكتواء فى القانون والشرية الاسلاية
كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

دار الجامعة الجديدة

إيجار الرحم
د/ هيام اسماعيل السحماوى

دار الجامعة الجديدة

Bibliotheca Alexandrina



1212688



دار الجامعة الجديدة

٢٨-٤٠ ش سوتير - الازاريطه - الاسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

Email: dargamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com